

UB Braunschweig

84



2300-818-6

Erörterungen

aus dem

Civil- und Criminal-Rechte,

hin und wieder

mit

gerichtlichen Erkenntnissen.

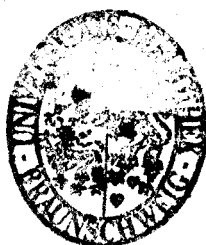
Erstes Heft.

Von

Dr. August Ferdinand Hurlebusch,
Fürstl. Braunsch. Lüneb. Appellations-Vice-Präsidenten.

Braunschweig, 1815.

bei Friedrich Vieweg.



FRIEDR. JOHN
BRAUNSCHWEIG

V o r r e d e.

Ich liefere hier den Anfang eines Werks, zu dessen Fortsetzung es mir an Stoff nicht fehlen kann; wenn anders das stimmfähige Publikum nicht etwa urtheilt, daß selbst diese Blätter besser ungedruckt geblieben wären.

Es soll bald kürzere, bald ausführlichere Aufsätze aus allen Theilen der Jurisprudenz enthalten, vermischt mit Wünschen und Vorschlägen, und hin und wieder bestärkt durch Erkenntnisse der Gerichte hiesiger Lande, ¹⁾ insonderheit des vormali-

1) Namentlich derjenigen, an deren Arbeiten ich selbst lange Jahre hindurch Theil nahm, des vormaligen Fürstl. Hofgerichts, dessen Mitglied zu seyn ich in das 18te Jahr (von 1784—1801) die Ehre hatte; und der Fürstl. Justizkanzlei, worin ich 20 meiner besten und lehrreichsten Jahre

gen hiesigen Criminalhofs und der Fürstl. Appellationscommission hieselbst. Die Bekanntmachung der Erkenntnisse der letztern und ihrer Gründe wird insonderheit denen willkommen seyn, die künftig ähnliche Prozesse haben; also nun sehen, worauf es ankömmt, und überlegen können, *cedere an contendere* malint.

Wenn ich übrigens in gegenwärtigem Hest, die Entscheidungsgründe, sowol des Criminalhofs, als der F. Appellationscommission beinahe durchgehends ohne weitere Ausführung habe abdrucken lassen: so geschehe es, weil ich glaubte, in jenen von mir verfaßten Gründen bereits alles gesagt zu haben, was zur Sache dient, also einer Wiederholung oder neuen Ausführung überhoben seyn zu können; — ich werde jedoch künftig, der Regel nach, und besonders da, wo ich etwas nachzuholen oder mehr zu erläutern nöthig finde, nur den Inhalt der Erkenntnisse hersehen, und die Gründe besonders ausführen.

Meine Leser werden übrigens aus den mitgetheilten Entscheidungsgründen der F. Appellationscommission ersehen, daß selbige von der, in den

(von 1788 — 1801 als Rath, und von da, bis zu ihrer, am 28ten Febr. 1808 erfolgten Auflösung, als Direktor) verhebt habe.

hiesigen Landen vorhin üblich gewesen Form derselben abgegangen ist, und dagegen die Methode der Königl. Preussischen Gerichte nachgeahmt hat, welche auch Pütter ²⁾ für die natürlichste hielt.

In die nächsten Hefte werde ich einige der interessantesten Vorträge aufnehmen, welche ich, als Präsident des Criminalhofs, nach Vorschrift der Gesetze des vormaligen Königreichs Westphalen, ³⁾ an die Geschwornen gehalten habe; (résumé) zugleich meine Gedanken über den Zweck und die Beschaffenheit des résumé mittheilen.

Ist es mir gleich nicht gelungen, in meinen Vorträgen einen Feuerbach ⁴⁾ zu erreichen; und durfte ich ihn auch nicht unbedingt zum Muster nehmen, weil der Präsident bei Vorträgen an die Geschwornen, ganz andere Zwecke und andere Pflichten hat, als der Geheime = Staatsreferendar bei Vorträgen an das Ministerium: so werden doch, glaube ich, diejenigen, welche der Verfassung des

2) Ueber die beste Art aus den Akten zu referiren, p. 101,

3) Gesetz v. 19ten Aug. 1808. Art. 70. Le Président résumera l'affaire, la reduira à ses points les plus simples et fera remarquer aux jurés les principales preuves, pour et contre l'accusé.

4) Merkwürdige Criminalrechtsfälle, vorgetragen und herausgegeben, von Feuerbach.

Geschwornen = Gerichts unfundig sind, und sich davon zu unterrichten wünschen, einige derselben nicht ungern lesen; zumal da, so viel ich weiß, ähnliche Vorträge in Deutschland nicht erschienen sind.

Ob vielleicht auch die Materie von den Indicien dadurch gewinnen könne? werden sachkundige Leser demnächst beurtheilen.

Wolfenbüttel, im October 1814.

S n h a l t.

	Seite
I. Ueber den Unterschied zwischen Kunstverständigen und Zeugen	1
II. Ob der Inquisit, nach geendigter Untersuchung, sich mit seinem Vertheidiger nicht anders als in Gegenwart einer Gerichtsperson unterreden dürfe?	8
III. Ueber das commencement de preuve par écrit	14
IV. Ist der Zehntherr, wenn der Zehnte abgelöst wird, schuldig, dem Pflchtigen die Zehnt- Erhebungskosten zu vergüten?	24
V. Was ist Grundsteuer? Wer concurrirt dazu? Der Zehntherr. Aber nicht der Meyerherr; auch dann nicht, wenn der Meyer vorhin contributionsfrei war. Der Dienstherr ebenfalls nicht, wenn gleich das Dienst- Ablösungs-capital in eine Rente verwandelt ist	31
VI. Ob und in wie fern zu Begründung der Appellationssumme verschiedene Summen cumulirt werden können? 1) nach dem röm. Recht, §. 6. 2) nach den Reichsgesetzen, insonderheit dem jüngsten Reichsabsch. §. 7. 8. 9. Vorau eine Einleitung über Rechtsmittel überhaupt, §. 1—5.	47
VII. Ueber die Strafe des Hausdiebstahls nach Thur- Braunschweigischen Landesgesetzen	66
VIII. Ueber die Strafe des dritten Diebstahls; nach dem gemeinen Rechte, und den Königl. Preussischen Gesetzen	76

VIII

	Seite
IX. Ueber die Strafe des Pferdebiebstahls.	87
X. Plan zu Vorlesungen für einen Lehrer der Rechte auf academischen Gymnasien	94
XI. Vom Dienstzwange	98
XII. Aufgehobene fräuliche Gerechtigkeit in der Stadt Braun- schweig	104
XIII. Noch über den dritten Diebstahl; Nachtrag zu Nr. VIII.	114
XIV. Vom Alibi	117

I.

Ueber den Unterschied zwischen Kunstverständigen und Zeugen.

Von der Beurtheilung durch Kunstverständige hat G ö n n e r in seinem Handbuche ¹⁾ ausführlich gehandelt; und zugleich den Unterschied derselben von den Zeugen bemerkt gemacht. Als Beitrag zur Erläuterung dieses Unterschieds dient vielleicht folgender Bericht, welchen ich im Jahr 1810, als damaliger Präsident des Criminalhofes des Oker-Departements, an das Justiz-Ministerium des damaligen Königreichs Westphalen erstattet habe.

Wenn in der Untersuchungssache gegen Eggeling bei Ew. . . . der Hr. . . . zur Anzeige gebracht hat: daß ich verstattet hätte, daß Zeugen, welche noch nicht verhört worden, bei Abhörung der übrigen Zeugen, zugegen seyn, sie interpelliren, den Ange-

1) G ö n n e r s Handbuch des Prozeßes 2ter Band Nr. 45.

Klagten befragen, und über die Aussage, die sie thun wollten, gemeinschaftlich hätten deliberiren dürfen:

so ist diese Beschuldigung durchaus unwahr.

Ich habe dieß niemals und in keinem einzigen Falle gestattet; namentlich nicht in der Untersuchungssache gegen Eggeling; — auch konnte ich es nicht gestatten, da die Gesetze zu deutlich und, wie ich wol hinzufügen zu dürfen glaube, mir zu lange und zu genau bekannt sind.

Aber ich habe in dieser, wie schon vorhin in mehreren andern Sachen, dasjenige, was die Gesetze über die Abhörung der Zeugen verordnen, nicht unbedingt auf die Vernehmung von Sachverständigen (experts) anwenden zu können und zu dürfen geglaubt, — und das wird es seyn, was der Hr. . . . ganz entstellt vorgetragen, und mir dadurch, ohne mich zuvor gehört zu haben, einen — ich darf es wol sagen, — ganz unverdienten Verweis von Ew. . . . zugezogen hat.

Ich bitte um Erlaubniß, zuvörderst:

- A. meine Gründe, warum ich das nicht zu können und zu dürfen geglaubt habe; und sodann
- B. meine Verfahrensart bei Vernehmung der Sachverständigen, darzulegen.

ad A. Sachverständige sind nicht Zeugen, wenn sie gleich einige Aehnlichkeit mit ihnen haben.

Zeugen deponiren von factis, welche durch die äußern Sinne eines jeden, mit den gehörigen Organen versehenen, Menschen erkannt werden können.

Sachverständige beurtheilen Sachen und facta, oder schließen aus factis, in denjenigen Fällen, wo gewöhnliche Kenntnisse und Erfahrung, so wie sie jeder

gebildete Mensch hat, nicht hinreicht, sondern eine Beurtheilung nach den Regeln der Kunst erfordert wird.

Sollen sie bloß eine Sache beurtheilen, die ihnen vor Augen gelegt werden kann; so ist weiter nichts, als deren Vorlegung nöthig. Kommt es also darauf an, zu wissen: ob z. E. eine Wunde tödtlich, ein Haus nach den Regeln der Kunst gebauet sey? so hat der Sachverständige nichts weiter zu thun, als die Wunde und das Haus mit Kenneraugen zu untersuchen und zu prüfen.

Sollen sie aber *facta* beurtheilen, oder daraus Schlüsse ziehen; so müssen ihnen solche vor Abgebung ihres Gutachtens bekannt gemacht werden; und gerade hierin liegt eine große Verschiedenheit zwischen Zeugen, denen die *facta*, welche sie deponiren sollen, vom Richter nicht zuvor bekannt gemacht werden dürfen, und — Sachverständigen, welchen die *facta*, woraus sie schließen sollen, vom Richter bekannt gemacht werden müssen. Constat nun von jenen *factis* nicht anders, als durch die Aussagen von Zeugen; so muß den Sachverständigen solche Deposition zur Kenntniß gebracht werden; — gerade so, wie ihnen der Inhalt eines Dokuments nicht vorenthalten werden darf, wenn die *facta*, woraus sie schließen sollen, aus einem Dokumente ersichtlich sind.

Wer sieht hieraus nicht, wie unmöglich es sey, Sachverständige überall und in allen Fällen, den Zeugen gleich, zu behandeln?

Ich wende mich nun

ad B. zur Darlegung der Art und Weise, wie ich bei Vernehmung der Sachverständigen verfahren bin.

Das Gesetz vom 19ten August 1808 giebt darüber keine Vorschrift. Daraus folgt aber nicht: daß man verschiedenartige Dinge als gleichartige behandeln dürfe; vielmehr hat es mir nicht zweifelhaft geschie-

nen, daß der Richter diese Lücke der Criminalgesetzgebung durch dasjenige, was

das Gesetz vom 16ten August 1808 Art. 238 sequ. darüber verordnet, und die Natur der Sache an die Hand giebt, ausfüllen müsse. Dieß habe ich auf folgende Weise gethan.

In der Eggelingschen Untersuchungssache kam es vorzüglich auf Beantwortung der Frage an:

ob der Angeklagte zur Zeit des begangenen Mordes wahnsinnig gewesen sey?

Um hierüber urtheilen zu können, war es nöthig, nicht nur sein Betragen in seiner frühern Lebensperiode, sondern auch vorzüglich vor, bei, und nach dem Morde, sorgfältig und genau zu untersuchen; und es war eine große Menge Zeugen vorgeschlagen, welche hierüber vernommen werden sollten.

Die Beantwortung jener Frage gehörte nun zwar zum Ressort der Geschwornen; da sie aber in der That mehr gelehrte Kenntniß erfordert, als man bei den Geschwornen der Regel nach voraussetzen kann; so glaubte ich den Defensor mit seinem Antrage: um Buziehung einiger Sachverständigen, nicht zurückweisen zu dürfen. Es bestanden solche aus zwei Aerzten (andern, als welche die Section der Ermordeten verrichtet haben) die zugleich geschickte Psychologen sind, und dem bekannten Gelehrten und trefflichen Psychologen Pockels.

Diese Sachverständigen sollten nun, vor der Erklärung der Geschwornen, über jene Frage ein motivirtes Gutachten abgeben, wobei ich jedoch den Geschwornen bekannt machte, daß sie daran keinesweges gebunden wären, vielmehr, wenn sie eines Andern überzeugt seyn sollten, davon abgehen könnten; wie sie denn auch davon abgegangen sind.

Es ist nun ganz unbezweifelt: daß die Sachverständigen vor Abgebung ihres Gutachtens, mit den *factis* bekannt gemacht werden mußten, woraus sie auf das Daseyn oder Nichtdaseyn des Wahnsinnes zur Zeit des Mordes schließen konnten; das heißt, sie mußten das Betragen des Angeklagten in seiner frühern Lebensperiode, und insonderheit vor, bei und nach dem Morde, so genau als möglich kennen lernen. — Denn worauf sonst, als auf diese Kenntniß, hätten sie ihr Gutachten bauen sollen? — sie, die den Angeklagten vorher gar nicht gekannt hatten.

Wie sollten sie nun aber diese Kenntniß erlangen?

Etwa aus den, vor dem Instructionsrichter ergangenen Acten? — Aber diese enthielten ja nur eine *instruction encore incomplète*,

Gesetz vom 19ten August 1808. Art. 18.
worauf ein Gutachten nicht gebauet werden kann!

Was blieb also übrig, als die Sachverständigen mit jenen *factis* auf eben die Art, wie die Geschwornen (mit welchen sie in der That mehr Aehnlichkeit haben, als mit Zeugen) bekannt zu machen? — Dieß geschah, und sie waren zugegen, als ich die Zeugen über jene *facta* abhörte.

Es schien mir dabei nicht zweifelhaft, daß die Sachverständigen sich von jenen *factis* so genau als möglich zu unterrichten befugt und schuldig waren. Ich trug daher kein Bedenken, ihnen, wenn das examen eines Zeugen beendigt war, nicht nur zu gestatten, sondern sie auch ausdrücklich aufzufodern, demselben noch diejenigen Fragen vorzulegen, welche ihrer Meinung nach übergegangen waren, und welche sie gleichwol, behuf Er-

stattung ihres Gutachtens nothwendig oder wenigstens nützlich hielten.

Es schien mir ferner die Erstattung eines gründlichen Gutachtens zu befördern, wenn die Sachverständigen den Angeklagten, unmittelbar und nicht bloß mittelbar aus der Deposition der Zeugen, kennen lernen; — ich fand daher kein Bedenken, dem Gesuche des Defensors gemäß, ihnen, vor der Audienz eine Unterredung mit dem Angeklagten zu bewilligen.

Und da endlich mehrere Sachverständige nur ein Gutachten nach Mehrheit der Stimmen abzufassen haben;

Gesetz vom 16ten August 1808. Art. 254;
so mußte ich begreiflicher Weise nicht bloß verstaten, sondern selbst verfügen, daß sie über dessen Abfassung deliberiren sollten.

Aus dieser Darlegung der Sache folgt nun:

daß ich zwar allerdings gestattet habe, daß die Sachverständigen, behuf Abgabe eines Gutachtens: ob Eggeling zur Zeit des Mords wahnsinnig gewesen sey?

- 1) sich mit demselben, vor der Audienz unterredet;
- 2) während der Audienz der Abhörnung der Zeugen beigewohnt und denselben, so wie dem Inquisiten, Fragen vorgelegt;
- 3) über die Abgabe des Gutachtens mit einander deliberirt haben;

ich leugne aber durchaus:

daß ich bei Zeugen solches geduldet habe; denn, was ich nicht zu übersehen bitte, die Sachverständigen sollten nicht etwa zugleich als Zeugen auftreten und

über facta deponiren, sondern sie sollten einzig und allein ein Gutachten abgeben. Von dem Vorgange wußten sie überall nichts; als Zeugen konnten sie also nicht abgehört werden, sind auch als solche weder abgehört noch vorgeschlagen. ²⁾

- 2) Den Schluß des Berichts übergehe ich, weil er nicht hier gehört.

II.

Ob der Inquisit, nach geendigter Untersuchung, sich mit seinem Vertheidiger nicht anders als in Gegenwart einer Gerichtsperson unterreden dürfe?

Diese Frage ist in folgendem Berichte erörtert, welchen ich unterm 15ten May 1810 an das Justiz-Ministerium des damaligen Königreichs erstattet habe.

Nach dem Gesetze vom 19ten Aug. 1808 Art. 21. liegt es dem Präsidenten des Criminalhofes ob: den Angeklagten um die Wahl eines Defensors zu befragen, und, wenn er noch keinen gewählt hat, ihm einen beizugeben.

Daß der Angeklagte befugt sey, mit diesem seinem Defensor eine Unterredung zu verlangen ¹⁾ und ihn darin über alles dasjenige, was für ihn spricht, zu instruiren, kann nicht bezweifelt werden; ich habe daher um so weniger Bedenken getragen, nach geendigtem interro-

1) Ueber die Nothwendigkeit den Defensor zu einer Unterredung mit dem Inquisiten anzuhalten, G. Kleins und Kleinschrods Archiv II. 2. Nr. 9. und II. 3. Nr. 7.

gatoire eine solche Unterredung zu gestatten, da das vorhin angeführte Gesetz sie nicht verbietet, die französischen Gesetze aber sie ausdrücklich billigen.

Code d'instruction criminelle Art. 302.

Es ist aber Zweifel entstanden: ob diese Unterredung anders, als in Gegenwart des Greffier geschehen dürfe?

Meiner Ueberzeugung nach hat der Angeklagte ein Recht, sich mit seinem Defensor ohne Zeugen zu unterreden; um jedoch die erhobenen Zweifel ein für allemal zu beseitigen, bitte ich unter Darlegung meiner Gründe, um Instruktion für die Zukunft. Ich stütze meine Meinung auf folgende Gründe:

- 1) auf das Ansehen bewährter Rechtslehrer, wovon ich hier nur

Meisters Einl. in die peinl. Rechtsgelehrsamkeit p. 254.

Grolmanns Criminalrecht, §. 509.

Feuerbachs peinliches Recht, §. 608.

anführe.

- 2) Auf das Stillschweigen der Gesetze. Das Gesetz vom 19ten August 1808 bestimmt darüber nichts; und die französischen Gesetze

Code criminel de 16. Septemb. 1791. tit. 6.
art. 13.

Code des délits et des peines du 3 Brumaire
l'an 4, art. 322.

Code d'instruction criminelle, art. 302.

verordnen nur: daß die Unterredung nicht früher, als nach angestelltem interrogatoire statt haben solle.

- 3) auf den favorem defensionis. Alles, wodurch eine freie Unterredung mit dem Defensor beschränkt wird, beschränkt auch die Vertheidigung

des Angeklagten. Dieser muß seinem Defensor — dem einzigen Freunde, welchen er hat — sich ganz anvertrauen können, ohne durch die Besorgniß: daß er belauscht werde, davon abgeschreckt zu werden; — er muß, wenn er Einreden gegen die Zeugen hat; wenn er durch das vorige Verfahren, sich beschwert erachtet; selbst wenn er gegen mich Beschwerde zu haben glaubt, darüber ohne Scheu und Rückhalt mit seinem Defensor reden, und dieser muß ihn darum befragen können; — wie wird das aber möglich seyn, wenn ich beiden, in der Person des Greffier, einen Aufseher zuordne?

Wenn der Staat in der Wahl erlaubter Mittel, den Angeklagten zu überführen, nicht beschränkt werden kann; so heischt Recht und Billigkeit gleich stark, daß auch dem Angeklagten die Mittel sich zu vertheidigen, nicht erschwert werden. Der Richter hat gleiche Pflichten gegen den einen, wie gegen den andern.

Dabei bleibt freilich möglich, daß der Defensor diese Unterredung dazu mißbrauche, den Angeklagten zum Widderruf und zu neuen Einreden zu veranlassen; ²⁾ — aber von welcher menschlichen Einrichtung lassen sich nicht auch Nachtheile denken? Und soll man, wegen der Möglichkeit eines Mißbrauchs, den Gebrauch selbst abschaffen? Ohnehin wird ein solcher Mißbrauch

- a) nur selten eintreten, auch
- b) der Regel nach, unschädlich bleiben.

2) Aus Furcht für Mißbrauch zieht Klein die Gegenwart einer Gerichtsperson vor. S. dessen und Kleinschrods Archiv I. 1. Nr. 4. §. 14. Anmerk. conf. Littmanns Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft 4ter Th. §. 778. p. 533.

Ad a) ich nehme zu Vertheidigern keine andere, als nach Anleitung des

Code d'instruction crimin. art. 295.

des avocats et avoués du ressort de la cour criminelle; — von solchen Männern aber ist nicht zu erwarten, daß sie ehr- und gewissenlos genug seyn sollten, sich bei Ausübung des so ehrenvollen und nützlichen Amtes eines Vertheidigers, irgend eines Mißbrauchs schuldig zu machen *)

Angenommen aber einmal den Fall: daß irgend ein Vertheidiger sich eines solchen Mißbrauchs schuldig mache; so wird

ad b) derselbe — wenigstens der Regel nach, unschädlich bleiben. Die Unterredung des Inquisiten mit seinem Defensor wird nämlich nicht eher gestattet, als nach geendigtem interrogatoire des Präsidenten, also wenn die Instruktion der Sache geendigt ist, und die Geständnisse, so wie die Ausflüchte des Angeklagten bestimmt und ausführlich zu den Akten gebracht sind.

3) Des Vertheidigers heiligster Zweck ist Wahrheit und Gerechtigkeit. So wenig er irgend etwas aus Rücksichten gegen den Richter oder andere angesehene Personen zu sagen unterlassen darf, was dem Angeschuligten zur Vertheidigung gereichen könnte, so wenig darf er irgend etwas unternehmen, oder sagen, was der Wahrheit und Gerechtigkeit zuwider wäre. Denn er ist dem Staate so gut verpflichtet, als dem Angeschuligten. Ihm muß daher Menschen- und Partheilichkeit eben so fremd seyn, als Lügen und boshafte Ränke gegen das Gesez. Er soll der Rechtsfreund des Angeschuligten, aber nicht der Rechtsfeind des Staats seyn. Littmann a. a. O. p. 529.

Wenn nun die Geschwornen nicht dafür halten: daß hinreichende Gründe des Widerrufs vorgetragen, oder die neuen Einreden erwiesen sind, so ist dadurch nichts verloren, wol aber zur Beruhigung des Richters die Ueberzeugung gewonnen, daß nichts unversucht gelassen sey, die Unschuld des Angeklagten ins Licht zu stellen.

Halten hingegen die Geschwornen sich überzeugt, daß der Widerruf auf hinreichenden Gründen beruhe, und sind die neuen Einreden relevant und erwiesen; so muß man sich ja freuen, daß die ohne Zeugen geschehene Unterredung des Angeklagten mit seinem Defensor, ein Mittel ward, daß ein Unschuldiger gerettet ist.

Dies sind die Gründe, welche mir die Ueberzeugung abgewonnen haben, daß, wenn in Gemäßheit des Gesetzes vom 19ten August 1808 Art. 19. und 21. die *acte d'accusation* verfaßt, und der Angeklagte vernommen ist, Letzterer berechtigt sey mit seinem Vertheidiger ohne Zeugen reden zu dürfen.

Ob ich diesen Grundsätzen gemäß ferner verfahren, oder künftig die Unterredung des Angeklagten mit seinem Vertheidiger nicht anders, als in Gegenwart des Greffiers verstaten soll, darüber wollen Ew. . . . mich zu instruiren geruhen.

Vielleicht sind manche meiner Leser auf die erhaltene Antwort neugierig. Sie war datirt vom 23. May 1810, und lautete also:

Je partage, Monsieur le Président, votre opinion, qui est de permettre à l'accusé, après avoir subi son interrogatoire, de s'entretenir seul avec son défenseur. D'une part la Loi n'a pas ordonné que cet entretien

ne pourroit avoir lieu qu'en présence d'un étranger ou du Greffier; de l'autre la Justice et l'humanité veulent que l'on accorde à celui qui a le malheur d'être sous les Liens d'une accusation, tous les moyens se justifier.

La Crainte des abus rares et d'ailleurs sans inconveniens graves qui résulteroient des Conseils du Défenseur, n'est pas un motif suffisant pour prescrire une gêne que la Loi n'ordonne pas.

III.

Ueber das commencement de preuve par écrit.

Nach dem französischen Gesetzbuche ¹⁾ soll der Regel nach über Gegenstände, welche die Summe oder den Werth von 150 Franken übersteigen, der Beweis durch Zeugen nicht zugelassen werden.

Eine Ausnahme tritt, unter andern, alsdann ein, wenn ein Anfang des Beweises schriftlich vorhanden ist; ²⁾ lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Bleibt man bei diesen Worten stehen: so scheint es, als ob es genüge, wenn einzelne, in den Beweis mit gehörige Umstände, wenn gleich davon auf den Beweisatz selbst noch nicht geschlossen werden kann, ausge-

1) Art. 1341. conf. Gönners Archiv für die Gesetzgebung 1ster Band p. 122.

2) Gesetzbuch Art. 1347. Ich bin mit Gönnner a. a. O. 3ter Band p. 8. einverstanden, daß die gewöhnliche Uebersetzung Anfang eines schriftlichen Beweises unbedeutlich sey; mögte jedoch den pag. 13. von ihm substituirten Ausdruck: Bescheinigung durch Urkunden deshalb nicht wählen, weil das mehr Erklärung als Uebersetzung ist. Vielleicht ist es mir gelungen, die Sache deutlicher zu machen. Auch könnte man "schriftlicher Anfang des Beweises" sagen.

hoben und dargethan werden. Das ist aber, wie das Gesetz sehr deutlich erklärt, der Fall nicht; — es muß vielmehr, die zum Beweise verstellte Thatsache, also der Beweissatz selbst, wahrscheinlich ³⁾ gemächt werden. On appelle sagt das. Gesetz, un commencement de preuve par écrit, tout acte par écrit, qui — rend vraisemblable le fait allégué.

Folgender Rechtsfall samt der Entscheidung der Fürstl. Appellations-Commission vom 8ten Jul. 1814. J. C. v. M. wider v. B. wird dieß erläutern.

Am 19ten November 1810 starb der von M. kinderlos, mit Hinterlassung einer Witwe und zweier Brüder, des Maire, jetzigen Klägers, und des Kammerherrn, Gebrüder von M.

In mehrern olographischen Testamenten setzte er seine Gattin zur einzigen Erbin seines Vermögens ein.

Letztere verheirathete sich nachher mit dem jetzigen Beklagten v. B., welchen sie in ihrem Testamente zum Erben ihres Nachlasses einsetzte.

Im September 1811 ward Kläger für sich und in Vollmacht seines Bruders, des Kammerherrn (welcher jedoch bald nachher vom Prozesse abstand) gegen die damalige Witwe von M. klagbar.

3) Da es nur auf Wahrscheinlichkeit ankommt: so folgt von selbst, daß kein strenger Beweis erforderlich sey; — wozu sollte sonst noch der Beweis durch Zeugen nützen? Eine solche Wahrscheinlichkeit würde selbst ein Ersuchungsschreiben um ein Anlehn gewähren, und zur Zulassung des Zeugenbeweises genügen; vorausgesetzt, daß der Beweis nicht auf eine höhere Summe, als das Ersuchungsschreiben enthält, gerichtet ist; conf. v. Strombeck's Rechtswissenschaft 1ster Band 2tes Heft, p. 285. not. 5.

Nach dem Erkenntnisse vom 28ten April 1812. steht der Grund der Klage dahin fest:

daß Beklagtin gegen Anerkennung des Testaments ihres verstorbenen Ehegenossen, dessen Nachlaß mit ihm (dem Kläger) und seinem Bruder theilen zu wollen, sich verbindlich gemacht habe;

und es ist dem Kläger zu beweisen auferlegt:

daß er mit der Beklagtin, bald nach dem Absterben des Erblassers derselben, nach Vorlegung dessen eigenhändig geschriebenen Testaments einen Vertrag dahin abgeschlossen habe, daß sie, gegen Anerkennung des fraglichen Testaments, den Nachlaß ihres Erblassers mit ihm und seinem Bruder theilen solle.

Der Kläger hat diesen Beweis durch Privaturkunden und Zeugen angetreten; und, um zu dem Beweise durch Zeugen gelassen zu werden, auszuführen gesucht: daß der, im französischen Gesetzbuche Art. 1347. verordnete Anfang eines schriftlichen Beweises, in jenen Urkunden vorhanden sey.

Ob sich das wirklich also verhalte? — das ist es, was hauptsächlich in appellatorio zu entscheiden war.

Besagte Urkunden bestehen nun

- 1) in dem Briefe der Witwe von M. vom 3ten Januar 1811. an den Bruder des Klägers und anfänglichen Mitkläger, Kammerherrn von M., welcher im Auszuge in der Note *) abgedruckt ist;

4) Vous saurez déjà par le Maire, que mon mari et moi avons fait un testament reciproque en nous légant notre fortune entière, celle que je lui ai portée, est si considerable que si je n'ai pas le malheur de la perdre par des accidens inprevu et facheux, il me reste assez pour ne rien changer au genre de vie que nous avons mené

2) in den, von der Beklagten selbst, mit der Verttheiligungsschrift vom 13ten December 1811 sub Lit. C. und D. producirten Berechnungen des Vermögens des Erblassers, behuf der, in dem Beweissage gedachten Erbtheilung.

Aus dem Briefe ad 1. führt Kläger die Worte an:

I. «j'espère donc, mon très-chèr frère, que Vous me permettrez de partager avec Vous et le Maire, ainsi à nous trois la fortune de mon mari; c'est-à-dire, ce qu'il a hérité de ses parens, en se partageant à leur mort.

jusqu' ici. — — — J'espère donc, mon très-chèr frère, par ce que je viens de Vous dire, que Vous me permettrez de partager avec Vous et le Maire, ainsi à nous trois la Fortune de mon mari; c'est-à-dire ce qu'il a hérité de ses parens, en se partageant à leur mort. N. se charge de m'arranger cela avec la plus grande exactitude. J'ai décidée de la somme d'après la valeur de l'héritage des terres et dès que tout seras mis par écrit, Mr. N. Vous en fera part, car il dit que parceque Vous ne pouvez venir Vous même à cause de la difficulté de votre poste, Vous aurez la bonté d'envoyer einen Bevollmächtigten, der es in Empfang nimmt. Je Vous avertirai de cela à tems. Je puis Vous assurer que je partage avec plaisir cette somme entre les plus proches et chers parens et que cette idée m'est d'abord venue après la mort de mon cher et bon mari, car je Vous avoue franchement que j'aurois désirée que si jeusse quittée ce monde la première, mon mari eusse aussi pensé à mes soeurs; et par dette raison, j'agis comme ce la. Veuillez mon très-chèr frère accepter ce don, que je Vous fais du fond de mon coeur, l'amitié que Vous avez pour moi et l'attachement que Vous avez eu pour mon cher defunt mari, m'est garrant que Vous ne refuserez pas. —

Je puis Vous assurer — — que cette idée m'est d'abord venue après la mort de mon chère et bon mari." Es sey hier — sagt Kläger — die Rede von einer Theilung des Vermögens des Erblassers in drei gleiche Theile, zwischen der Beklagtin, dem Kläger, und dessen Bruder, — und daß Beklagtin, gleich nach dem Tode des Erblassers auf diese Idee gekommen sey. Das eine, wie das andere, harmonire mit dem Beweissage; sey also Anfang eines schriftlichen Beweises.

Ad 2) die Berechnungen des Vermögens des Erblassers, die eine nach dem Bestande desselben zur Zeit als er seine Eltern beerbt habe, die andere nach dem Bestande zur Zeit des Todes, im Auftrage der Beklagtin gefertigt, und — wie es in der Ueberschrift der zweiten Berechnung sub D. heiße —:

zur Grundlage der, von der Frau Witwe von M. beabsichtigten Ueberlassung eines dritten Theils desselben, an jeden seiner Brüder;

diese Berechnungen sprächen ebenfalls deutlich für den Beweis der Theilung, und wären als Folge des Vertrages, als dasjenige anzusehen, was die Erfüllung desselben vorbereite.

Zuletzt ward noch angeführt, daß jetzt, bei veränderter Lage der Dinge, die Vorschrift des französischen Gesetzbuchs nicht weiter zur Anwendung kommen könne; — wenigstens nicht bei der Beschaffenheit der vorgeschlagenen Zeugen, deren Ruf so fest begründet sey.

Die Fürstl. Appellations-Commission erkannte den Zeugenbeweis für unzulässig, und unterstützte ihr Erkenntniß durch folgende Gründe.

„Nach der Landesherrlichen Verordnung vom 15ten Januar 1814. §. 9. sollen alle, zur Entscheidung der Gerichte kommende Gegenstände nach denjenigen Rechten

beurtheilt werden, welche zu der Zeit Gesetzeskraft hatten, als das Geschäft, von welchem die Rede ist, seine Entstehung erhielt.

Unter der Herrschaft des französischen Gesetzes hat nun aber nicht nur der Hauptgegenstand, so wie der jetzt zu entscheidende specielle Gegenstand des Streites, nämlich die Frage: ob in gegenwärtiger Sache ein Zeugenbeweis zulässig sey? seine Entstehung erhalten; sondern es ist über diese Frage unter der Herrschaft jenes Gesetzes und in Beziehung auf die Vorschriften desselben, sogar schon in erster Instanz ein Erkenntniß abgegeben; und kann also jetzt in appellatorio nur darüber:

ob solches Erkenntniß den damals bestehenden Gesetzen gemäß oder zuwider sey?

ein Urtheil erfolgen.

Es ist hier nicht von einer, nun erst zu beobachtenden Form und Gange des gerichtlichen Verfahrens, also von einer bloß den jetzigen Prozeß betreffenden — Frage die Rede; auch nicht einmal davon: ob, wenn terminus probatorius noch nicht verstrichen wäre, und der Zeugenbeweis erst jetzt angetreten würde, die Sache nach den jetzt bestehenden, oder den damals gültig gewesen Gesetzen zu beurtheilen sey; sondern einzig davon:

ob der Zeugenbeweis, zur Zeit, da er angetreten werden mußte und angetreten ist, zulässig oder unzulässig, also die *sententia a qua* den damaligen Gesetzen gemäß, oder entgegen war?

Es kann also darüber: daß die Vorschrift des französischen Gesetzbuchs

Articulo 1347.

allhier zur Anwendung kommen müsse, kein Zweifel obwalten.

Zwar möchte dagegen aus der individuellen Beschaffenheit der Zeugen ein Einwand hergenommen werden; weil, wie in der Rechtfertigung gesagt wird, der Ruf derselben so wohl begründet ist, daß eine Bestechung der Zeugen, welche durch jene gesetzliche Vorschrift habe verhütet werden sollen, nicht denkbar sey.

Allein bei allgemeinen Gesetzen darf der Richter auf die individuelle Beschaffenheit weder der klagenden Personen noch der Zeugen Rücksicht nehmen; er darf sich keine Ausnahme von der Regel erlauben, wenn gleich vielleicht der Bewegungsgrund zu dem Gesetze bei diesem oder jenem Subjecte nach dessen individuellen Eigenschaften nicht zutreffen sollte.

Huber ad Digesta libro 1. Tit. 3. §. 8.

Glücks Erläuterung der Pandekten, 1r Theil §. 536. p. 256. (der zweiten Ausgabe.)

Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. p. 214. (der dritten Ausgabe)

Dies vorausgesetzt, kommt es also darauf an: ob der Anfang eines schriftlichen Beweises *) vorhanden sey? das ist, wie das Gesetz sagt: ob ein, von demjenigen, wider welchen die Forderung gerichtet ist, oder von dem, dessen Stelle dieser vertritt, herrührender schriftlicher Aufsatze existire, welcher die angeführte Thatsache wahrscheinlich macht.

Worin „die angeführte Thatsache“ bestehe, ergiebt das Interlokut; — sie besteht nämlich darin:

daß Kläger mit der Beklagten einen Vertrag dahin abgeschlossen habe: daß sie gegen Anerkennung

5) Ich habe diesen Ausdruck, als den gewöhnlichen, hier beibehalten zu müssen geglaubt.

des Testaments ihres Ehemannes, dessen Nachlaß mit dem Kläger und seinem Bruder theilen solle; und wie diese Thatsache es ist, welche Kläger zu erweisen hat; so ist eben diese Thatsache und keine andere es auch, welche, bevor er zum Zeugenbeweise gelassen werden kann, durch einen schriftlichen Aufsatz wahrscheinlich zu machen, ihm obliegt.

Geht man nun zu den des Behufs producirtten Scripturen über; so ergeben solche Folgendes:

In dem Briefe vom 3ten Januar 1811 schreibt die Beklagtin, Witwe von M. an den Bruder des Klägers: sie und ihr Mann hätten sich gegenseitig zu Erben ihres ganzen Vermögens eingesezt.

Ihr eigenes Vermögen sey aber so bedeutend, daß, wenn sie nicht unvermuthete Unglücksfälle erlebe, sie ihre bisherige Lebensweise zu ändern nicht nöthig habe. Sie hoffe daher, er werde ihr erlauben, das Vermögen ihres Mannes, worunter sie dasjenige verstehe, was er von seinen Eltern geerbt und wovon sie die Summe bereits bestimmt habe, mit ihm und dem Maire zu theilen. Sie theile diese Summe gern mit den nächsten Verwandten, und sey ihr diese Idee gleich nach dem Tode ihres Mannes in den Sinn gekommen. Sie würde, wenn sie zuerst gestorben wäre, gewünscht haben, daß ihr Mann an ihre Schwestern ebenfalls gedacht hätte; und aus diesem Grunde handele sie so.

Von den beiden sub C und D. erwähnten Berechnungen des N., welcher, nach mehrerm Inhalte jenes Briefes, als Mandatarius der Witwe M. wohl anzunehmen ist, enthält die erste eine Berechnung des Vermögens, welches dem Verstorbenen aus der väterlichen und mütterlichen Verlassenschaft zugefallen ist; und die zweite die Berechnung eben dieses Vermögens, nach dessen dama-

ligem Bestande; zur Grundlage, wie es daselbst heißt, der von der Witwe von M. beabsichtigten Ueberlassung eines dritten Theils desselben, an jeden ihrer Schwäger. Am Schlusse dieser Berechnung wird das Geschäft „eine beabsichtigte Schenkung“ genannt.

In keiner dieser Scripturen ist nun die geringste Spur eines Vertrages, daß gegen Theilung des Nachlasses, das Testament agnoscirt werden solle, vorhanden; — nicht einmal eine Spur, daß dessen Authenticität und Gültigkeit von dem Kläger bezweifelt sey, und es also erst einer Agnition von seiner Seite bedürft habe; — auch bieten die Akten überall keinen Grund dar, aus welchem das Testament hätte angefochten werden können.

Freiwilliger Entschluß, veranlaßt durch die Betrachtung, daß ihr eigenes Vermögen zu ihrem standesmäßigen Unterhalte hinreiche, und zur Reise gebracht durch den Gedanken, daß sie, wäre sie zuerst gestorben, gewünscht haben würde, daß ihr Mann gegen ihre Schwestern eben so gehandelt hätte, — also Freigebigkeit allein, nicht Furcht, daß widrigensfalls das Testament nicht agnoscirt werden möge; nicht Vertrag, wie er im Interlokute zum Beweise verstellt ist, leitete die Schritte der Beklagtin. Ein anderes ergiebt wenigstens der Brief nicht; und kann daher durch selbigen der zum Beweise verstellte — Vertrag nicht wahrscheinlich gemacht werden. Die beiden Berechnungen, deren Veranlassung und Zweck übrigens aus dem Briefe hervorgehet, können, wie das von selbst in die Augen fällt, ebenfalls nicht dazu beitragen, den Vertrag wahrscheinlich zu machen; und die Berechnung sub D. um so weniger, da in derselben das Geschäft eine „beabsichtigte Schenkung“ genannt ist.

Ob vielleicht durch jene Scripturen eine Schenkung wahrscheinlich gemacht werde? darauf kann nichts ankommen. Nicht auf den Beweis einer Schenkung, sondern des oft erwähnten Vertrages ist interloquirt. Dieser also, nicht jene, ist zu beweisen; und ehe solches durch Zeugen zulässig ist, muß dieser und nicht jene wahrscheinlich gemacht werden. Eine Schenkung würde ohnedem, da sie nicht vor Notarien errichtet ist, ungültig;

 Napoleons Gesetzbuch. Art. 931.

es daher ganz zwecklos seyn, die wahrscheinliche Existenz eines ungültigen Geschäftes zeigen zu wollen."

IV.

Ist der Zehntherr, wenn der Zehnte abgelöst wird, schuldig, dem Pflchtigen die Zehnt- Erhebungs- Kosten zu vergüten?

Durch die Constitution des vormaligen Königreichs Westphalen ¹⁾ war alle Leibeigenschaft, von welcher Natur sie seyn, und wie sie heißen möge, aufgehoben.

Ein nachher ergangenes Decret ²⁾ erläuterte dieß dahin, daß alle diejenigen Rechte, welche in Abgaben und Verbindlichkeiten bestehen die mit der Constitution verträglich und als Preis der Ueberlassung des nutzba- ren Eigenthums zu betrachten sind, und unter ihnen namentlich die Zehnten, unter die aufgehobenen Rechte nicht gehören. Zugleich ward verordnet ³⁾, daß alle bestehen bleibende Grundgerechtsame durchaus ablösbar seyn sollten, entweder mittelst gütlicher Uebereinkunft, oder nach dem noch zu bestimmenden Maasstabe.

1) Art. 13.

2) Decret vom 23ten Jan. 1808. Art. 9.

3) Decret Art. 13.

Da, wie die Erfahrung lehrte, der Fall einer gütlichen Uebereinkunft nicht leicht eintrat: so erfolgte der versprochene Maasstab in einem Dekrete ⁴⁾, worin die Art und Weise bestimmt ward, wie die Pflichtigen den Abkauf der nicht aufgehobenen Dienste, wie aller Grundabgaben, von den Berechtigten verlangen können ⁵⁾.

Nach Vorschrift dieses Dekrets ⁶⁾ sollte dem Zehnherrn der Durchschnittspreis des Marktpreises vergütet werden.

Unter dem Marktpreise sind die Zehnt-Erhebungskosten, — d. i. die Kosten für das Einfahren, Bansen, Dröscheln u. s. w. des Zehntens mit begriffen, — Kosten, welche, wenn der Zehnherr den Zehnten in natura zieht, ihm zur Last fallen; welche aber, wenn der Zehnte abgelöst ist, nicht er, sondern der Zehntpflichtige anwenden muß.

Ob nun der Zehntpflichtige den Ersatz dieser Kosten von dem Zehnherrn verlangen könne? das ist es, worauf es hier ankommt.

4) Dekret v. 18. Aug. 1809. Es hat durch das Dekret v. 7. Sept. 1810 manche Veränderung erlitten; unter andern auch die, daß das Ablösungs-Capital, welches nach Art. 7 jenes Dekrets baar bezahlt werden mußte, nach Art. 13 des letztern Dekrets von den Zehnherrn nicht gefordert, sondern in eine Rente verwandelt werden kann.

5) Nous avons résolu, so heisst es im Eingange des Dekrets, de déterminer sur quel pied le rachat des corvées non-supprimées, ainsi que de toutes les redevances foncières pourra être forcé par les redevables.

6) Defr. v. 18. Aug. 1809, Art. 7.

Ich glaube, statt weiterer Ausführung mich auf die Entscheidungsgründe beziehen zu können, womit die Fürstl. Appellations-Commission ihr, die Zehntpflichtigen abweisendes Erkenntniß ⁷⁾ unterstützt hat. Sie lauten folgendermaßen:

„Ueber die Art und Weise den Abkautspreis der Fruchtzehnten zu bestimmen, ist im

Dekret vom 18ten August 1809, Art. 7

folgendes verordnet:

1. „Man berechnet den Werth des Brutto-Ertrags „derjenigen Ländereien, wovon der Zehnte gezogen „wird, und mittelt zu dem Ende aus, wie viel sie, „bei gewöhnlicher landesüblicher Bestellung, ein „Jahr in das andere gerechnet, aufbringen können.“

Hat man solchergestalt den Brutto-Ertrag der gesammten zehntbaren Länderei kennen gelernt; so muß, um nun auch den Werth des Zehnten bestimmen zu können,

2. „der jährliche Werth des Zehnten nach dem Werthe des auf obige Weise ausgemittelten Brutto-Ertrags berechnet,“ (oder wie sich das

Dekret vom 7ten September 1810, Art. 10

7) J. E. des Herrn Grafen v. E. wider die Zehntpflichtigen zu R. vom 20sten September 1814. Schon früher, nämlich unterm 28. Jun. 1814 war J. E. E. und H. wider die Zehntpflichtigen zu R. ein ähnliches Erkenntniß erfolgt. Ich lasse blos die Gründe des letzten Erkenntnisses abdrucken, weil sie ausführlicher sind, als die des ersten.

ausdrückt, von Sachverständigen ein Gutachten darüber ausgestellt werden, auf welche Quantität von Körnern und Stroh der Zehnherr ein Jahr in das andere gerechnet, sich Hoffnung machen könne;) „und in Ansehung des Preises der Körner, des Strohes u. s. w. müssen die Bestimmungen des 3ten Artikels beobachtet werden.“

Sodann soll

3. „die aus dieser Berechnung sich ergebende Summe durch Erlegung des 25fachen Betrags derselben abgelöst werden können.“

Der Zusatz ad 2 läßt keinen Zweifel übrig, daß das, was im 3ten Artikel verordnet ist, auch hier zur Richtschnur dienen soll, wie solches auch durch den 9ten Artikel verbi-

von dem, nach den Grundsätzen und Vorschriften des 3ten Artikels ausgemittelten jährlichen Werthe des Zehntens

bestätiget wird.

Da nun der 3te Artikel ausdrücklich die Vorschrift enthält, daß „alle Fruchtprästationen nach den Durchschnittspreisen der Marktpreise abgeschätzt werden sollen;“ so folgt hieraus, daß auch beim Abkauf der Zehnten, die Körner, das Stroh u. s. w. nach den Durchschnittspreisen der Marktpreise abzuschätzen sind; und dieser Preis, 25mal genommen, dem Zehnherrn als Entschädigung für den gezwungenen Verkauf seines Eigenthums zugebilligt ist. Die Richtigkeit dieser Grundsätze wird durch das

Defret vom 7ten Sept. 1810 Art. 8 und 10 bestätigt, besage dessen über den Durchschnittspreis der Körner, des Strohes u. s. w. eine Tabelle verfer-

tiget werden, und die Ablösung nach Anleitung der gedachten Tabelle geschehen soll.

Da unter dem Marktpreise die klagbar gemachten Kosten mit begriffen sind, so folgt von selbst, daß sie nicht abgezogen werden können, weil sonst der Zehntherr nicht den Marktpreis, sondern einen geringern erhalten; — nicht die aus dieser Berechnung, sondern die, aus einer andern sich ergebende Summe, 25mal genommen, das Ablösungskapital ausmachen; — auch die Ablösung nicht nach Anleitung der gedachten Tabelle, sondern nach andern Grundsätzen geschehen würde.

Auch ist der Abzug derselben nirgends verordnet; — ob es gleich bei den angeführten Umständen einer sehr deutlichen Verordnung bedurft haben würde, wenn er hätte statt finden sollen.

Nun ist zwar richtig, daß der Zehntherr, wenn er den Zehnten in natura zieht, denselben auf seine Kosten einfahren, bansen, dröschten lassen müsse u. s. w. — desgleichen, daß durch den Marktpreis diese Kosten, die der Zehntherr nicht, sondern der Zehntpflichtige gehabt hat, mit vergütet werden; und scheint es daher, daß der Zehntherr, wenn er den Marktpreis erhält, mehr, als ihm gebührt, bekomme.

Allein eines Theils sind die Worte des Gesetzes klar, und cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio;

l. 25. §. 1. D. de legatis III.

andern Theils ist es eben so richtig, daß der Zehntherr den Zehnten auf vielfache Art mit besserem Vortheile benutzen kann; — daß ferner Recht und Billigkeit es erfordern, denjenigen, welchen die Gesetze wider Willen

zum Verkaufe seines Eigenthums zwingen, vollständig zu entschädigen; — daß dies aber der Regel nach kaum durch die Vergütung des Durchschnittspreises vom Marktpreise, geschweige alsdann geschehe, wenn davon noch Abzüge gemacht werden. Der Gesetzgeber hatte also um so mehr Grund die Entschädigung des Zehnteherrn nicht geringer zu bestimmen, als demselben nachher in einem ähnlichen Falle eine gleiche Vergütung zuerkannt ist.

Decret vom 7ten Sept. 1810, Art. 14.

Wenn dagegen von den Appellanten angeführt wird, daß in dem 7ten Artikel des Decrets vom 1809 der Werth des Zehnten von dem Werthe des Brutto-Ertrags getrennt worden; — daß in der oben sub. 1. angeführten Stelle verordnet sei, es solle ausgemittelt werden, was der Acker aufbringen könne, und sey das der Brutto-Zehnten; — daß endlich in der sub 2. angeführten Stelle den Partheien überlassen sey, wie sie sich über den Werth des Zehnten berechnen wollen: so ist das theils falsch, theils unerheblich.

Allerdings wird der Werth des Zehnten von dem Werthe des Brutto-Ertrags derjenigen Länderei, wovon er gezogen wird, getrennt; er ist auch offenbar davon verschieden; — aber was kann daraus gefolgert werden?

Wenn ferner in der vorhin sub 1 erwähnten Stelle verordnet wird:

man berechnet den Werth des Brutto- oder Total-Ertrags derjenigen Ländereien wovon der Zehnte gezogen wird, und mittelt zu dem Ende aus, wie viel sie aufbringen können;

so ist das nicht Brutto-Zehnten, sondern Brutto-Er-

trag der Pänderei, wovon der Zehnte gezogen wird, — einzig von Ausmittlung dieses Ertrags ist hier die Rede; vom Zehnten selbst handelt erst der folgende Abschnitt.

Keinesweges wird nun aber in diesem, oben sub 2 erwähnten Abschnitte den Partheien überlassen, wie sie sich über den Werth des Zehnten berechnen wollen; — es wird vielmehr deutlich vorgeschrieben, wie sie sich berechnen sollen; — eine Vorschrift, wovon einseitig abzugehen niemand befugt ist.“

V.

Was ist Grundsteuer? §. 1. Wer concurrirt dazu? §. 2. Der Zehnherr. §. 3. Aber nicht der Meyerherr; auch dann nicht, wenn der Meyer vorher contributionsfrei war. §. 4. Der Dienstherr ebenfalls nicht, wenn gleich das Dienst-Ablösungscapital in eine Rente verwandelt ist. §. 5.

§. I.

Die Abgaben im vormaligen Königreich Westphalen bestanden aus direkten und indirekten Steuern. Zu jenen gehörte die Grundsteuer. ¹⁾

Sie ist auf alles Grundeigenthum, nach Maaßgabe des steuerbaren reinen Einkommens, gelegt.

Das reine Einkommen der Grundstücke ist das, was dem Eigenthümer nach Abzug der Einsaat, Ernte-Unterhaltungs- und Kulturkosten von dem rohen Ertrage übrig bleibt. Das steuerbare reine Einkommen besteht in dem, nach einer bestimmten Anzahl Jahre berechneten Mitteltrage des reinen Einkommens. ²⁾

1) Gesetz v. 21. Aug. 1808, Art. 1. 2.

2) Gesetz Art. 5. 6. 7. 13. 14.

Die Gegenstände, wovon Grundsteuer entrichtet wird, sind Art. 13 aufgezählt.

Sie ist also, wie hieraus erhellet, in der That eine Steuer von dem Einkommen und dem reinen Ertrage der Grundstücke, dessen 5ter Theil als Grundsteuer entrichtet werden soll; ³⁾ — sie ist ein Theil dieses reinen Ertrags, welchen der Percipient abgeben muß.

§. 2.

Hieraus folgt

- 1) daß zwar alle diejenigen dazu beitragen müssen, welche Theil am reinen Ertrage des Grundstücks haben, — und nach dem Verhältnisse, wie sie daran Theil nehmen; — es sey nun, daß sie einen Theil der Frucht in natura, oder anstatt und als Surrogat derselben, baar Geld erhalten. Es folgt aber auch
- 2) daß niemand dazu beiträgt, als derjenige, welcher an dem reinen Ertrage der Grundstücke, auf eine der vorhin angeführten Arten Theil hat. ⁴⁾

Es ist hiebei zu bemerken, daß bei Schätzung des steuerbaren Einkommens der Grundstücke, auf Prästationen, die der Eigenthümer davon zu leisten hat, nicht Rücksicht genommen wird; — man setzt den steuerbaren

3) Dekret v. 31. May 1812, Art. 1. Nach dem Gesetze v. 21sten Aug. 1808, Art. 4, sollte sie variabel seyn, in jedem Jahre ausgeschrieben und bestimmt werden; und war dabey Art. 10 nur verordnet, daß sie zufolge der Constitution den 5ten Theil des steuerbaren reinen Einkommens nicht übersteigen solle. Durch obiges Dekret ist sie auf ein Fixum, und zwar gleich auf das Maximum gesetzt.

4) Es bedarf des Erwähnens nicht, daß durch Verträge ein andres ausgemacht werden kann. Gesetz v. 21. August 1808, Art. 59.

reinen Ertrag erst, ohne sich darum fest zu bekümmern, wer daran Theil hat. Der Eigenthümer entrichtet sodann die Grundsteuer von dem ganzen, auch demjenigen Theile des reinen Ertrages, welchen er an andere abgeben muß; doch kann er diesen von der zu entrichtenden Præstation verhältnißmäßige Abzüge machen. ⁵⁾)

§. 3.

Unter denjenigen, welche zur Grundsteuer beitragen müssen, steht ohne Zweifel der Zehntherr, da er einen bedeutenden Theil des Ertrags der Länderei erhält, oben an; — er mag den Zehnten in natura ziehen, oder der Zehntpflichtige mag ihn abgelöstet, und das Ablösungs-Capital baar bezahlt haben, oder verzinsen. ⁶⁾) Schon die Natur der Sache legt ihm diese Pflicht auf; auch ist ausdrücklich verordnet, „daß von dem — ausgemittelten, jährlichen Werthe der Zehnten — die Grundsteuerquote, welche im Laufe des Jahrs, wo der Abkauf erfolgte, von dem reinen steuerbaren Einkommen der, mit den abgelöseten Præstationen beschwerten Grundstücke wird, gefodert seyn, verhältnißmäßig abgezogen werden soll.“ ⁷⁾)

5) „Die Schätzung des steuerbaren Einkommens und die Besteuerung der Grundstücke aller Art, sollen ohne Rücksicht auf die Renten, Grundzinsen und andere Præstationen, welche davon in Früchten oder baarem Gelde geleistet werden müssen, geschehen; den Grundbesitzern, welche Renten und andere beständige Præstationen zu entrichten haben, bleibt indessen vorbehalten, nach Verhältniß der Grundsteuer davon ihren Gläubigern einen Abzug zu machen.“ Gesetz v. 21. Aug. 1808, Art. 59.

6) S. Nr. IV, Note 4.

7) Dekret v. 18ten Aug. 1809, Art. 9. S. auch die Note 2 angeführte Gesetzstelle. Dieser „verhältnißmäßige Ab-

Insofern übrigens dieß Dekret von der Grundsteuerquote desjenigen Jahrs spricht, wo der Ablauf erfolgte, paßt es nur auf den Fall, wo das Capital bezahlt, nicht wo es in eine Rente verwandelt und verzinst wird.

Es ergeben dieß folgende Entscheidungsgründe, womit die F. Appellations-Commission, in der Dualität als Cassationsgericht, ihr Erkenntniß *) unterstützt hat.

„Zur Zeit dieses Dekrets stand den Zehntpflichtigen die Befugniß noch nicht zu, das Ablaufscapital zu verzinzen; — eine Befugniß, die ihnen erst späterhin durch das

Dekret vom 7ten Sept. 1810, Art. 13 ertheilt ward; — sie mußten es vielmehr baar bezahlen.

zug“ ward nachher durch das Dekret v. 31. May 1812, Art. 5, auf den 5ten Theil der Prästation bestimmt. Nach dem Dekrete v. 18ten Jan. 1813, Art. 2 und 3, soll eine Vergütung für die Grundsteuer in baarem Gelde bezahlt, am Zehnten selbst aber kein Abzug gemacht, noch eine Erhebung desselben dadurch verzögert werden. Sie soll übrigens den zehnten Theil der Grundsteuer betragen, wenn der Zehntherr den zehnten Theil des Ertrags bezieht; wenn aber der Zehnte mehr oder weniger als den 10ten Theil des Ertrags ausmacht: so soll sie sich nach dem Betrage des Zehnten richten. Das Dekret sagt: „des reinen Ertrags;“ das ist aber ein Irrthum. Der Zehntherr bekommt nicht den reinen, sondern den Brutto-Ertrag.

- 8) Vom 20sten Septemb. 1814 J. G. der Zehntpflichtigen zu großen B. wider von G. u. R.

Offenbar mußte nun, ehe von Bezahlung des Capitals selbst die Rede seyn konnte, von dem Capitalwerthe des Zehntens, der Capitalwerth der Vergütung für die Grundsteuer abgesetzt, — oder es mußte von, dem, nach Vorschrift des

Defrets vom 18ten Aug. 1809, Art. 7 ⁹⁾ ausgemittelten jährlichen Werthe des Zehnten, die jährliche Grundsteuer abgezogen, und das übrigbleibende mit 25 multiplicirt werden.

Nun war aber die Grundsteuer damals noch nicht auf ein — erst nachher durch das Defret vom 31sten Mai 1812, Art. 1 bestimmtes Fixum gesetzt; — sie sollte auch nicht darauf gesetzt, vielmehr nach dem

Gesetze vom 21sten August 1808, Art. 4 alle Jahr ausgeschrieben und bestimmt werden. Da nun auch ein Durchschnittsquantum der Grundsteuer damals noch nicht existirte; so entstand die Frage, welches Jahr bei Abzug der Grundsteuer zum Grunde gelegt werden sollte? — und man bestimmte dazu, in dem oben erwähnten Artikel 9 des Defrets von 1812, dasjenige Jahr, worin der Abkauf erfolgt seyn würde.

Dabei litt freilich der eine oder der andere Theil, je nachdem die Grundsteuer in den folgenden Jahren erhöht oder vermindert ward. Allein da einmal das Capital bezahlt werden sollte: so war es durchaus nöthig, ein Normaljahr anzunehmen; und stand es also nicht in der Macht des Gesetzgebers, die Läsion des einen oder des andern Theils zu verhüten.

Anders hingegen verhält es sich, wenn das Capital nicht baar bezahlt, sondern verzinset wird. Hier

9) S. die Nr. IV abgedruckten Entscheidungsgründe.

ist man nicht in die Nothwendigkeit versetzt, weder den Grundsteuerbetrag desjenigen Jahrs, worin der Abkauf erfolgt, von dem Werthe des Zehnten abzusetzen, und das übrige zu Capital zu machen, noch den Capitalwerth jenes Betrags vom Capitalwerthe des Zehnten abzuziehen; — es kann vielmehr der Grundsteuerbetrag eines jeden Jahrs von den jedes Jahr zu bezahlenden Zinsen abgezogen, solchergestalt jede Cassion vermieden, und die Sache in das Gleis gebracht werden, worin sie im Fall der Natural-Zehntziehung, deren Surrogat die Zinsen sind, seyn würde.

Ohne Zweifel ist aus diesem Grunde die allegirte Disposition des 9ten Artikels, im Dekret vom 7. Sept. 1810 nicht wiederholt, obgleich in dessen 12ten Artikel die Verordnung, daß der Ablösungspreis in dem 25fachen Werthe des Zehntens bestehe, wiederholt ist; — Grund genug, sothane Disposition auf den Fall, wo das Capital wider Willen des Zehntherrn verzinset wird — ein Fall, auf den sie nicht paßt, der damals gar nicht eintreten konnte, an den man damals weder dachte, noch denken konnte, nicht anzuwenden! — Wenigstens ist deren Nichtanwendung nicht als offenbare Verletzung des Gesetzes zu betrachten, welche die Cassation begründen könnte."

§. 4.

Eben die Gründe, aus welchen der Zehntherr zum Beitrage zur Grundsteuer verbunden ist, würden auch den Meyerherren treffen, wenn die Gesetze in Ansehung seiner nicht von andern Grundsätzen ausgegangen wären. ¹⁰⁾

¹⁰⁾ Der Abzug der Grundsteuer, sagt das Gesetz vom 21sten August 1808 Art. 60. „soll überhaupt nicht statt finden

Ich glaube, es wird genügen, statt weiterer Ausführung, die Entscheidungsgründe eines Erkenntnisses der Appellations-Commission ¹¹⁾ hier anzuführen, worin zugleich die Frage erörtert wird, ob diejenigen Meyer, welche ehemals contributionsfrei gewesen, den Meyerherren zur Concurrrenz zur Grundsteuer auffodern können.

„Vor Entscheidung der Frage: ob die, auf die Meyer-
güter zu legende Grundsteuer von dem Meyer allein ent-
richtet werden, oder der Gutsherr dazu concurriren müsse,
untersuchte man, welcher von beiden die, auf den Meyer-
gütern ruhende Steuern vorhin zu entrichten schuldig ge-
wesen war.“

Es fand sich bald, daß die Verbindlichkeit dazu dem
Meyer obgelegen hatte;

Struben de iure villicorum c. VI. §. 4. sequ.

Buri Erläuterungen des Lehnrechts, herausgegeben
von Runde, 2ter Theil S. 475.

Cf. Serenissimi Verordnung wegen Erlassung des
Meyerzinses vom 8ten Julius 1747.

und daß solche dem Gutsherrn selbst, nur für den Fall

„bei den sogenannten Meyergütern, Erbleihe- und Zins-
gütern und andern Gütern dieser Art, deren Besitzer
nach den alten Gesetzen und Gewohnheiten verpflichtet
sind, die Steuern außer den darauf haftenden Renten
noch besonders zu entrichten, es wäre denn, daß hierüber
zwischen dem Gutsherrn und dem Meyer oder dem In-
haber eine andere Uebereinkunft getroffen worden wäre.“

11) Vom 1sten Jul. 1814 J. G. der Gemeinde D. wider
von G.

oblag, wenn er das Meyergut zu eigenem Gebrauche einziehen wollte.

Landtagsabschied von 1597 Art. zum neunzehnten; Der Gutsherr concurrirte zu den Steuern nicht unmittelbar, sondern nur in so fern, daß er bei Concursen den oneribus publicis nachstand; ferner, daß er, damit der Meyer desto sicherer im Stande blieb, die Steuern zu entrichten, den Weinkauf und die Meyerzinsen nicht erhöhen durfte;

Gesenius Meyerrecht 1ster Theil, pag. 496.

Cf. Struben rechtliche Bedenken III. Nr. 114.

endlich, daß er sich sogar die Herabsetzung der letztern gefallen lassen mußte, wenn sich fand, daß der Meyer bei dem bisherigen Zinse nicht im Stande bleiben würde, die öffentlichen Lasten zu entrichten.

Gesenius a. a. D. 2ter Th. S. 127.

Serenissimi Verordnung vom 8ten Jul. 1747.

Mit Recht ist daher in dem

Grundsteuergesetze vom 21sten August 1808 Art.

60. ¹²⁾

der Grundsatz aufgestellt, daß die Besitzer der Meyergüter nach den alten Gesetzen und Gewohnheiten verpflichtet gewesen sind, außer den, darauf haftenden Renten, die Steuern noch besonders zu entrichten; und es ist hierauf die ganz allgemeine, durch die später ergangenen Dekrete, soviel diesen Punkt betrifft, nicht aufgehobene Verordnung gebauet: daß in Ansehung der Grundsteuer nichts geändert werden, vielmehr der, im

Art. 59. ¹³⁾

¹²⁾ S. Note 10.

¹³⁾ S. Note 5.

nachgelassene Abzug, bei Meyergütern nicht statt finden sollte. Die einzige Ausnahme von dieser Regel war die: wenn zwischen dem Gutsherrn und dem Meyer eine andere Uebereinkunft getroffen seyn sollte; — und nur in einer solchen Uebereinkunft kann der Meyer sein fundamentum agendi sehen, wenn er wegen der Concurrenz zur Grundsteuer gegen den Meyerherrschaft Klage erheben will.

Sollten nun auch die Kläger, wie sie anführen, von ihrer Länderei Contribution nicht entrichtet haben, vielmehr der Meyerländerei, weil sie ihnen aus den steuerfreien Aeckern des Guts beigelegt worden, das Privilegium der Steuerfreiheit geblieben seyn; so würden sie daraus zwar einen Grund zur fernern Befreiung, — wenn anders dergleichen jetzt statt finden könnte, — offenbar aber nicht zur Klage gegen den Gutsherrn herleiten können.

Denn bei Bestimmung der Frage: ob der Beklagte einen Theil der Grundsteuer mit übernehmen soll? kommt es nicht darauf an, ob vielleicht die Meyerländerei der Kläger, in Rücksicht ihrer außerordentlichen Eigenschaft, ehemals contributionsfrei gewesen ist; sondern einzig darauf:

welcher von Beiden, ob der Kläger oder der Beklagte, wenn besagte außerordentliche Eigenschaft der Meyerländerei und mithin die Contributionsfreiheit derselben nicht vorhanden gewesen wäre, die Contribution zu entrichten gehabt hätte? dergleichen, welcher von Beiden dasjenige, was, der besagten Freiheit ungeachtet, wirklich hat prästiret werden müssen, entrichtet hat?

Auch ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde diejenigen Gutsherrschaften, deren Meier vorhin contributionsfrei ge-

wesen sind, jetzt deterioris conditionis werden sollten, als die Gutsherren solcher Meyer, welchen diese Freiheit nicht zustand? Denn daß Letztere ihrem Gutsherrn einen Abzug wegen der Grundsteuer nicht machen können, ist ganz keinem Zweifel unterworfen.

Da solchergestalt der Beweis der vormaligen Steuerfreiheit ganz irrelevant ist; so hat derselbe nicht nachgelassen werden können."

§. 5.

Daß der Dienstherr zur Grundsteuer nicht concurriren könne, folgt aus der Natur der Sache von selbst. Der reine Ertrag derjenigen Länderei, wovon der Dienst geleistet wird, bleibt ja den Dienstpflchtigen allein; — der Dienstherr bekommt nichts davon; — kann also einen Theil des Ertrages, wovon er überall nichts erhält, nicht als Beitrag zur Steuer hergeben.

Auch wenn der Dienst abgekauft und in eine Rente verwandelt ist, kann der Dienstpflchtige einen Beitrag zur Grundsteuer vom Dienstherrn nicht verlangen.

Beide Punkte sind in den folgenden Entscheidungsgründen ¹⁴⁾ der F. Appellations-Commission näher erörtert.

„Wenn der Dienstpflchtige den Dienst ablösen will; so wird der Werth desselben zu Capital angeschlagen; — der Willkühr des Dienstpflchtigen aber überlassen, ob er das Capital bezahlen oder mit Fünf vom Hundert ver-

¹⁴⁾ Zu dem Urtheil F. G. S. wider die Dienstpflchtigen zu W. vom 26ten Jun. 1814.

zinsen will. Wählt er das Letztere, so soll der jährliche Betrag der Zinsen, als eine auf den Grundstücken des Dienstpflichtigen haftende Rente betrachtet werden."

Königl. Dekret vom 18ten August 1809. Art. 6 ¹⁵⁾ Diese Rente, oder vielmehr diese Zinsen des Ablösungs-Capitals, sind also das Surrogat des Naturaldienstes. Was von diesem gilt, gilt auch von der Rente. Andere Lasten, als welchen auch der Naturaldienst unterworfen ist, können daher auf ihr nicht haften. Es ist durchaus kein haltbarer Grund vorhanden, anzunehmen: daß zwar der Dienstpflichtige, so lange er in natura dient, die Grundsteuer allein bezahlen, daß aber, sobald er den Dienst ablöst, und das dafür zu entrichtende Capital nicht baar bezahlt, sondern verzinsset, der Dienstherr mit einem Theile dieser Zinsen zu jener Grundsteuer concurriren müsse. ¹⁶⁾ Wie würde es auch solchenfalls um die

15) „Es sind gleichwol“ heißt es Art. 6. „die Dienstherrn „das für den Abkauf zu entrichtende Capital keinesweges „zu fordern berechtigt, sondern dessen Bezahlung hängt „lediglich von der Willkühr der Dienstpflichtigen ab, welche „bis dahin, daß sie dieselbe leisten werden, das Capital mit „5 von 100 zu verzinsen verpflichtet sind. Der jährliche „Betrag dieser Zinsen soll als eine auf den Grundstücken „der Dienstpflichtigen haftende Rente (*comme une rente*) „betrachtet werden.“ — Diese Rente wird im 12ten Art. Grundrente, und im 15ten Geldrente genannt.

Im 16ten Art. wird verordnet, daß die Bezahlung der Renten, welche an die Stelle der Dienste treten, vorzugsweise und vor jeder andern Schuld, von den Grundstücken, worauf sie haften, gefordert werden können.

16) Daß der jährliche Betrag der Zinsen, als eine auf den Grundstücken der Dienstpflichtigen haftende Rente betrachtet werden soll, ist zur Sicherheit der Dienstherrn ver-

Entschädigung stehen, welche der Dienstherr für den zu entbehrenden Naturaldienst zu fordern, selbst nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze:

Königl. Dekret vom 18ten August 1809. Art. 6. 17) ein Recht hat? Wie würde es mit der Verzinsung des Capitals mit Fünf vom Hundert stehen?

Hieraus folgt, daß bei Beurtheilung der Frage: ob der Beklagte zu der, von den dienstpflichtigen Höfen der Kläger zu entrichtenden Grundsteuer concurriren, und sich zu dem Ende von der Dienstrente einen Abzug gefallen lassen müsse?

es einzig darauf ankomme:

was Rechtens seyn würde, wenn die Kläger den Dienst noch in natura leisten, oder das für den Abkauf des Dienstes zu entrichtende Capital baar bezahlen wollten? Ob nämlich der Beklagte sodann schuldig sey, im ersten Falle den Klägern einen Beitrag an Gelde zu entrichten; im zweiten Falle aber einen Theil des Capitals schwinden zu lassen?

Geht man nun, nach solchergestalt festgesetztem statu controversiae, zuvörderst in die Natur der Sache hinein;

ordnet, kann also nicht zu ihrem Nachtheile angewandt werden.

- 17) „Die Sachverständigen müssen bei Bestimmung des Werths „derjenigen Dienste, welche ausschließend zum Behuf der „Cultur und Benützung der Grundstücke geleistet werden „müssen, die gerechte und billige Schadloshaltung zum „Grunde legen, welche dem Dienstherrn gebührt, um den- „selben wegen der Kosten, die er in Zukunft für die durch „Dienste bisher verrichtete Arbeiten aufzuwenden, wird „genöthiget seyn, zu entschädigen.“

so ergibt sich: daß beide Fragen offenbar verneint werden müssen.

Die Grundsteuer ist nämlich zwar auf das Grundeigenthum, jedoch nur nach Maasgabe dessen steuerbaren reinen Einkommens

Gesetz vom 21sten August 1808. Art. 5. gelegt, und besteht in dem fünften Theile des reinen Ertrages des steuerbaren Grundeigenthums.

Dekret vom 31sten Mai 1812. Art. 1.

Cf. jenes Gesetz Art. 10.

Sie ist also in der That eine Steuer von dem Einkommen und dem Ertrage des Grundstücks.

Hieraus beantwortet sich nun die Frage:

wer die Grundsteuer bezahlen müsse? leicht von selbst; — derjenige nämlich, welcher den Ertrag des Grundstücks genießt, und in der Mäße, in welcher er ihn genießt.

Wer also den reinen Ertrag des steuerbaren Grundstücks ganz und allein genießt, muß auch ganz und allein den fünften Theil desselben, als Grundsteuer bezahlen; — wer aber jenen reinen Ertrag mit einem Dritten, entweder in natura theilen, oder ihm statt dessen und als Surrogat der Fruchtprästation, ein Geldquantum entrichten muß, kann verlangen, daß dieser Dritte mit dem fünften Theile seines, an dem Ertrage habenden Anthells, zur Grundsteuer beitrage.

Es folgt hieraus: daß von dem Lehnherrn mit Recht, von dem Dienstherrn aber mit Unrecht die Concurrenz zur Grundsteuer erfordert werde. Jener erhält einen Theil des Einkommens des Grundstücks; — dieser aber, es mag ihm der Dienst in natura geleistet, oder aber das Dienst = Ablösungs = Capital baar bezahlt oder

verzinsset werden, erhält von dem Einkommen des Grundstücks nichts, sondern der ganze Ertrag, dessen fünfter Theil als Grundsteuer bezahlt wird, bleibt dem Dienstpflichtigen als Eigenthümer des Grundstücks.

Mit diesen, aus der Natur der Sache geschöpften Grundsätzen kommt auch das positive Recht überein.

Nach dem

Gesetze vom 21sten August 1808. Art. 59. ¹⁸⁾

sollen die Grundbesitzer, welche

Renten und andere Prästationen zu entrichten haben,

befugt seyn, ihren Gläubigern einen Abzug zu machen.

Eine Dienstrente, welche nachher erst durch das

Dekret vom 18ten August 1809. Art. 6.

eingeführt ward, existirte zur Zeit jenes Gesetzes noch nicht; von einer solchen konnte also damals noch nicht die Rede seyn.

Vom Naturaldienste war die Rede ebenfalls nicht. Unter den

„Renten“

ist er, wie das von selbst einleuchtet, — nicht begriffen; unter den andern

„beständigen Prästationen“

ebenfalls nicht, weil, wie die unmittelbar vorhergehenden Worte ergeben, man nur an solche Prästationen dachte, welche in Früchten oder in baarem Gelde geleistet werden. Bloß also von Prästationen solcher Art, nicht von allen möglichen Prästationen, namentlich

18) S. Note 5.

nicht vom Natural = Herrndienste ist die, den Grundbesitzern ertheilte Befugniß zu verstehen.

Sollte inzwischen noch einiger Zweifel übrig bleiben; so würde derselbe durch das

Decret vom 18ten August 1809, welches die Art und Weise bestimmt, wie die, nicht aufgehobenen — Dienste und Grundabgaben sollen abgelöstet werden können,

völlig gehoben werden.

Es werden darin

Art. 1 — 8.

als ablösbliche Gegenstände erwähnt:

- 1) Geldzinse oder Geldrenten Art. 1. 2. worunter aber die, im Art. 6. eben dieses Decrets erst angeordnete sogenannte Dienstrente nicht mit gehört;
- 2) Fruchtzinse und Fruchtprästationen; Art. 3.
- 3) Abgaben von Vieh und Lebensmitteln; Art. 4.
- 4) Dienste, Art. 5. 6.
- 5) Fruchtzehnten, Art. 7.
- 6) Fleischzehnten. Art. 8.

Dabei wird aber nicht von allen diesen Gegenständen ein Abzug für die Grundsteuer gestattet, sondern nach

Art. 9.

ausdrücklich nur von dem jährlichen Betrage der Geldzinse oder Geldrenten, und den Fruchtprästationen und Fruchtzehnten. — Von allen übrigen Prästationen, als:

ad 3) von den Abgaben an Vieh und Lebensmitteln,

ad 4) von den Diensten und

ad 6) von dem Fleischzehnten

schweigt das Gesetz; auch davon schweigt es, daß dem Dienstherrn das, für den Ablauf des Dienstes zu entrichtende Capital nicht ganz bezahlt, sondern ein Theil davon für die Grundsteuer zurückbehalten werden soll. Offenbar steht also dem Richter die Befugniß nicht zu, den Pflichtigen, auch in Ansehung dieser Gegenstände, einen Abzug in Ansehung der Grundsteuer zuzuerkennen.“

VI.

Ob und in wie fern zu Begründung der Appellationssumme verschiedene Summen cumulirt werden können? 1) Nach dem römischen Rechte, §. 6. 2) Nach den Reichsgesetzen, insonderheit dem jüngsten Reichsabschiede, §. 7. 8. 9. Voran eine Einleitung über Rechtsmittel überhaupt, §. 1 — 5.

§. I.

Non utique melius pronunciat, qui novissime sententiam laturus est, sagt Ulpian ¹⁾ — und kein billiger Richter wird dieß Urtheil zu unterschreiben Bedenken finden.

Gleichwol gereicht wiederholte Prüfung einer Rechtsfache, es sey nun, daß dadurch neue Ansichten und Gründe für die Rechtmäßigkeit des vorigen Erkenntnisses, oder Gründe für dessen Aufhebung gewonnen werden, den Partheien zur Beruhigung, und gewiß auch nicht selten der Sache selbst zum Vortheil; — der Wunsch der Parthei, ihre Sache einer solchen Prüfung unterworfen zu sehen, ist daher eben so gerecht als billig.

¹⁾ in l. 1. pr. D. de appell.

„Sicherung der Rechte,“ sagt Gönner,²⁾ „als
 „Zweck der richterlichen Gewalt im Staate fodert, daß
 „die Rechte des Bürgers auch gegen diejenigen Verlez-
 „zungen sicher gestellt werden, welche ihm durch den Rich-
 „ter zugefügt werden können; und mit rechtlicher Noth-
 „wendigkeit geht hieraus das Daseyn der Rechtsmittel
 „hervor, so daß jede Staatsverfassung mit sich selbst im
 „Widerspruche steht, wenn sie nicht dieser unerläßlichen
 „Forderung der Vernunft ein Genüge leistet.“

§. 2.

Sollen aber die Rechte des Bürgers gegen Verlez-
 zungen des Richters völlig gesichert werden: so muß
 die nochmalige Prüfung der Sache, von einem andern,
 als demjenigen Richter geschehen, der das zu prüfende
 Urtheil verfaßt hat, also in gewissem Betracht Richter
 in seiner eigenen Sache seyn würde.³⁾

Wer nach reiflicher Ueberlegung der Gründe, für
 und wider eine Sache, eine Meinung einmal gefaßt, und
 durch ein, als von Rechtswegen publicirtes Erkenntniß,
 den Partheien bekannt gemacht hat, ist, wenn dieß Er-
 kenntniß angegriffen wird, nicht so empfänglich für Wahr-
 heit, nicht so fähig einer unbefangenen Prüfung seiner
 eigenen Arbeit, als ein anderer es ist, der sich noch nicht
 decidirt, noch weniger seine Meinung öffentlich bekannt
 gemacht hat, der also auch keine Meinung zurückzuneh-

2) Im Handbuche des Processes 3ter Bd. Nr. 56. §. 2.

3) Gönners Handbuch 3ter Bd. p. 149.

men hat, und dessen Eigenliebe durch das eingelegte Rechtsmittel nicht verwundet ist.

Jedes Rechtsmittel, in so fern es nicht auf neue Thatsachen sich stützt, zeihet den vorigen Urtheilsverfasser eines Irrthums; — auch ist ja leider Irrthum das Loos des Menschen, also auch des Richters. Aber welcher Mensch glaubt es leicht, daß er geirret hat? Wer bekennet es gern, — erklärt gern öffentlich dasjenige als Irrthum, was er kurz vorher eben so öffentlich für Wahrheit ausgegeben hatte? Und wer hat nicht schon die Erfahrung, — vielleicht an sich selbst — gemacht, daß insonderheit der vorige Referent, wenn man gegen sein Urtheil Zweifel äußert, solche nicht sowol mit Unbefangenheit prüft, als vielmehr das Urtheil mit Leidenschaft vertheidigt.

Mag der Richter gegen andere unpartheiisch im höchsten Grade seyn; er bleibt Mensch, und der Mensch ist selten — was er eigentlich ganz vorzüglich seyn sollte, — unpartheiisch gegen sich selbst.

Mag er mit Einsicht und Scharfsinn, mag er ganz ohne Rücksicht der Person, die Gründe für und wider eine Sache prüfen und abwägen: — so bald seine eigene Person in das Spiel kömmt, verlassen ihn jene schönen Eigenschaften nur zu leicht. *Praesumitur pro vetere sua sententia dicturus*, sagt Justinian, *) und er hat Recht.

Ich rede hier, wie jedermann von selbst wahrnehmen wird, durchaus nicht von unmoralischen, schlechten Menschen, von Menschen, welche nicht sehen wollen; — nicht einmal von eigensinnigen oder ehrfüchtigen rede

*) in l. 35. C. de appell.

Hurtub. G. rörter. I.

ich; — ich nehme nur den Menschen, wie er gewöhnlich ist, und wie auch der Gesetzgeber ihn nehmen muß. Auch dem besten Menschen und trefflichsten Richter verhält sich dann, wenn es auf Berichtigung vorgefaßter Meinungen ankommt, die Wahrheit oft dergestalt, daß er sie offenbar verfehlt, und doch schwört, sie gefunden zu haben.

§. 3.

Daher wünsche ich

- 1) daß der Gebrauch der Appellation — deren Mißbrauche freilich vorgebeugt und gesteuert werden muß, weil man sonst den Rechten der Gegenparthei zu nahe treten würde, — nicht zu sehr beschränkt, übrigens für die weniger Bemittelten eine geringere Appellationssumme, als in andern Sachen, verstattet werde; *)
- 2) daß in Fällen, wo die Appellationssumme nicht vorhanden ist, das zweite Erkenntniß entweder von einem andern Gerichte gleichen Ranges, wenn ein

5) Nach dem R. N. Art. 112. und 114. ist summa appellabilis 400 Reichsthaler; für diejenigen aber, deren Vermögen sich nicht über 2000 Gulden erstreckt, 300 Gulden. Auch in den Chur-Braunschweigischen Landen ist für diejenigen, welche dathun oder beschwören, daß der Gegenstand des Rechtsstreits ihr ganzes Vermögen, oder doch den größten Theil desselben befaße, die Appellationssumme geringer als gewöhnlich. Bülow über die Verfassung des D. Apell. Ger. zu Celle, 2ter Th. §. 201. Ich glaube, daß, wenn, auch nur ein bedeutender (etwa der 5te, oder vielleicht ein noch geringerer) Theil des Vermögens der Gegenstand der Beschwerde ist, die Appellation, wenn anders der Gegenstand der Beschwerde nicht zu gering, und der Kosten werth ist, ohne Härte nicht versagt werden könne.

solches im Lande existirt, oder in Ermangelung dessen, von einem andern Senat desselben Gerichts verfaßt; wenn aber das Gericht nur aus einem Senat besteht, die Verschiedung der Akten gestattet werde.

§. 4.

Das hauptsächlichste Rechtsmittel ist ohne Zweifel die Appellation an einen höheren Richter *) Ist dieser,

- 6) Appellandi usus sagt Ulpian a. a. D. quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est, qui nesciat; quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigit. Wenn übrigens in Bülow's und Hagemann's Erörterungen 3r Th. p. 329. und von erstem über die Verfassung des D. Appell. Ger. zu Celle pag. 85. gesagt wird, daß man von jeher in Deutschland die Appellationen im Ganzen für verderblich gehalten, und daher durch Bestimmung einer gewissen Summe, unter welcher sie nicht zulässig seyn sollten, zu vermindern und einzuschränken gesucht habe: so beruhet das auf einem Irrthum, ist auch aus dem, als Gewährsmann angeführten Pufendorf nicht zu ersehen. Umgekehrt sind in Deutschland von jeher die Berufungen an den Oberrichter begünstigt und durch keine Fristen, zum Theil nicht einmal durch Rechtskraft beschränkt; wie aus Böhmers Diss. de provocationibus iur. germ. c. 1. §. 3. sqq. in dessen elect. iur. civ. T. II. p. 18. sqq. ersichtlich ist. Wenn in spätern Zeiten in den Reichs- und Landesgesetzen gewisse Summen bestimmt sind, unter welchen die Appellationen nicht zulässig seyn sollten: so ist das nicht deshalb geschehen, weil man die Appellationen im Ganzen, sondern weil man deren Mißbrauch für verderblich hielt; und verhüten wollte, daß an die höheren Gerichte nicht Kleinigkeiten gebracht würden, die der Kosten nicht werth waren, und wodurch sie an Bearbeitung wichtiger Sachen verhindert wurden. — Wie nöthig das auch, besonders bei dem Cammergericht gewesen sey, davon mögen die Klagen zeugen, die man schon bei den Westphälischen Friedenshand-

wie man mit Recht von ihm fodert und erwartet, ausgerüstet, so weit der Mensch es irgend seyn kann, mit Kraft und Willen, Wahrheit zu finden, und unter jedem Verhältnisse fest zu halten: so muß ja wol in seiner Hand die Sache gewinnen, und, das Urtheil falle aus, wie es wolle, die Parthei sich beruhigt erachten.

Doch würde für die völlige Sicherheit und Beruhigung der Partheien erst dann gesorgt seyn, wenn gegen jedes, auch vom höchsten Gerichte abgegebenes reformatorisches Erkenntniß, in so fern dadurch nicht etwa ein früher eröffnetes wieder hergestellt ist, das Rechtsmittel der Supplication oder Revision verstattet wird. 7)

Auch der höchste Richter bleibt dem Irrthum unterworfen; und es ist hart, wenn derjenige, welcher alle früheren Erkenntnisse für sich hat, — ein anders ist es,

lungen führte: „daß nämlich die Gewölbe voll Acten wären, die in 20 Jahren nicht gedönet, und schon vor 26 Jahren über 50,000 Sachen zurückgelegt wären, darin nicht einmal referirt worden.“ Meiern Westphäl. Friedenshandl. 3ter Th. p. 316.

- 7) So fand, wenn gleich nicht reformatorisches erkannt war, gegen die Erkenntnisse des Cammergerichts die Revision (R. A. Nr. 1654. §. 124. u. folg.) so wie gegen die des Reichshofraths die Supplication (J. P. O. art. 5. §. 55.) statt, obwol beide durch die Revisionssumme von 2000 Reichsthaler Capital beschränkt waren. Jenes Rechtsmittel ward bei Gelegenheit der Visitation, dieses, vom Reichshofrath selbst erledigt, *adhibitis*, wie es im Friedensinstrument heißt, *aliis, gravitati negotii paribus. — et qui concipiendae et ferendae priori sententiae non interfuerint, aut certe referentium et correferentium partes non sustinuerint.*

wenn die bisherigen Erkenntnisse abwechselnd waren, und das höchste Gericht nur das letzte aufhebt, und ein früheres wieder herstellt — seine Hoffnungen durch einen einzigen Federstrich vernichtet sehen soll.

Zwar muß, wie Gönner ⁸⁾ sehr richtig schreibt, ein Punkt festgesetzt werden, über welchen hinaus weitere Anfechtung nicht statt findet; — ich zweifle aber, ob ein reformatorisches Erkenntniß solcher Art der Punkt sey, wobei man stehen bleiben müsse.

Dagegen würde ich gegen das, auf dieß Rechtsmittel erfolgte Erkenntniß, es sey nun, daß darin das letzte bestätigt, oder ein früheres wieder hergestellt ist, für denjenigen Punkt halten, welcher nicht überschritten werden darf.

§. 5.

Was die, vorhin von mir vorgeschlagene Aktenverschickung betrifft: so scheint mir zwar wol, daß Gönner ⁹⁾ den Nachtheil, der aus dem Verbot derselben entsteht, mit zu schwarzen Farben geschildert habe; doch unterschreibe ich im Ganzen sein Urtheil willig; und vorzüglich, wenn er an einem andern Orte ¹⁰⁾ schreibt: „Kein Landesherr wird gern den Unterthanen einen Anlaß zum Mißtrauen in den geraden Justizlauf geben, und jeder wird weit geneigter seyn, aus Liebe zu seinem

8) Im Handbuche des Prozeßes, 3ter Th. Nr. 56. §. 2.

9) Im Handbuche 1ster Band Nr. XII. §. 6. Man verbinde damit: Bemerkungen über die Aktenverschickung in Prozeßen. Ein Brief, 1799. Gegen die Aktenverschickung hat sich erklärt Fried. Behmer in novo iure contr. Tom. 1. obs. 46:

10) Im Handbuche, 1ster Band Nr. IV. §. 10.

„Volle, gegen dessen vielleicht übertriebene Kengspflicht
 „mit väterlicher Nachsicht zu handeln, ihnen also die
 „Aktenverschickung erlauben, wenn sie in ihr den einzig-
 „gen Weg zu finden glauben, auf dem sie eine ganz
 „unpartheiische Justiz hoffen.“

Wenn ich übrigens auch gegen Erkenntnisse des
 höchsten Gerichts die Zulassung der Supplication vor-
 geschlagen habe: so würde ich wünschen, daß auch hier,
 in Ermangelung der vorhin (§. 3. Nr. 2.) erwähnten
 Auskunftsmittel, die Aktenverschickung zugelassen würde.

Man werfe nicht ein, daß dies mit der Würde des
 höchsten Gerichts nicht verträglich sey! Das Ansehen des
 Gerichts gewinnt offenbar, wenn nochmalige Prüfung
 der Sache, sein Erkenntniß als den Gesetzen gemäß dar-
 stellt. Wird es aber den Gesetzen zuwider befunden: so
 frage ich: was ist Würde des Gerichts, wenn sie mit
 den Rechten der Partheien in Collision kommt?

Der Weg Rechtens, ist der Weg zur Wahrheit.
 Was Wahrheit befördert, muß erlaubt seyn, was sie
 unterdrücken kann, muß vermieden werden.

Ich bitte meine Leser, diese Bemerkungen, als Ein-
 leitung zu folgender Untersuchung anzusehen; und komme
 nun zur Sache selbst.

§. 6.

Nach dem römischen Rechte gab es gar keine Ap-
 pellationssumme. Et in maioribus et in minoribus ne-
 gotiis appellandi facultas est, sagt Constantin,¹⁾ der

1) In l. 20. C. de appell. So ist es auch nach dem canonis-
 schen Rechte. c. 11 X. de appell.

sich überhaupt mit der Lehre de appellationibus sehr beschäftigt hat. ²⁾

Nur die appellationes ad principem machten eine Ausnahme. Vor ihn gehörten nur Sachen von mehrerer Erheblichkeit, welche eine gewisse Summe Geldes überstiegen; ³⁾ an ihn konnte daher nicht appellirt werden, wenn diese Summe nicht vorhanden war.

Hier entstand nun die Frage, ob mehrere Summen, welche einzeln genommen, jene Summe nicht ausmachen, zusammengerechnet werden können? und sie ward für den Fall, wo nur eine Klage angestellt war, die aus mehreren Punkten bestand, bejahend entschieden. Si quis, sagt Ulpian ⁴⁾ cum una actione ageretur, quae plures species ⁵⁾ in se habeat, pluribus summis sit condemnatus, quae singulae notionem principis non faciunt, omnes autem coniunctae faciunt, poterit ad principem appellare.

Der Fall, wenn jemand mehrere Klagen in Einem Libelle häuft, ⁶⁾ ist hier nicht berührt, scheint auch nach andern Grundsätzen entschieden werden zu müssen. Si idem, sagt Cajus ⁷⁾ cum eodem pluribus actioni-

2) Balduinus de legibus Constantini M. p. 216.

3) Bynckershoek obs. L. IV. c. IV.

4) In l. 10. §. 1. D. de appell.

5) Plures species seu capita sagen die Basilica T. I. p. 442. Zur Erläuterung dient vielleicht l. 29. §. 1. D. de minor.

6) Ich setze dabei als richtig voraus, daß die Cumulation mehrerer Klagen, selbst nach dem römischen Rechte erlaubt ist. Glük's Erläuterung der Pandekten §. 284. a. im 4ten Th. pag. 2.

7) In l. 11. pr. D. de iurisdict.

bus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius, apud eum agi posse.

Aus diesem Gesetze folgt die Regel, daß bei der cumulatione obiectiva die Competenz des Gerichts nach jeder einzelnen Klage, nicht nach der Summe aller Klagen zusammengenommen, zu beurtheilen sey; — eine Regel, die schon aus der Natur der Sache folgt, weil man jene Cumulation nur zuließ, um die Vielfältigung der Prozesse zu verhüten, nicht aber um die Competenz sonst incompetenter Gerichte etabliren, oder sonst kompetenter Gerichte eludiren zu wollen.

kehrt man nun den Fall des Gesetzes um, und wendet ihn auf die Appellation an: so folgt ferner, daß die Competenz der Appellationsgerichte für jede einzelne Klage nur dann begründet seyn könne, wenn die, in Ansehung einer jeden Klage aberkannte Summe, die Appellationssumme erreicht; *) daß also die Zusammenrechnung mehrerer, aus verschiedenen Klagen erwachsenen Summen nicht statt finde. ?) Denn so wie derjenige Richter, welcher nur bis zu einer gewissen Summe zu erkennen befugt ist, durch Cumulation verschiedener Kla-

8) Bachov ad Treutl. Vol. II. disp. 33. th. 5. litt. A.

9) Der Grund, daß widrigensfalls die Competenz stets von dem Zufalle abhängen würde, ob der Kläger nur die einzige Klage oder deren mehrere anzustellen habe; scheint mir zu viel zu beweisen, und übergehe ich ihn daher. Denn nicht selten ist in Ansehung der eigentlichen Beschwerde *summa appellabilis* ebenfalls nicht vorhanden, und die Verfolgung der Appellation hängt von dem Zufalle ab, ob der Appellant, wenigstens zum Schein, noch mehr Beschwerden aufstellen kann.

gen seine Competenz nicht verliert: so kann auch derjenige, welchen nur über eine gewisse Summe zu erkennen die Gesetze ermächtigt haben, durch Cumulation verschiedener Klagen nicht competent werden.

Zwar will Böhmer ¹⁰⁾ dieß Gesetz bloß von dem Falle verstehen, wenn die Klagen nicht eodem, sondern diverso processu verhandelt sind; es fehlt aber zu dieser Einschränkung an hinlänglichem Grunde; auch verdankt sie ihre Entstehung ohne Zweifel nur der Meinung, daß *cumulatio actionum obiectiva* im römischen Rechte nicht gegründet sey. Mit Recht haben daher andere Rechtsgelehrte den Fall einer objectiven Cumulation hier vorausgesetzt. ¹¹⁾

Ueber die Reconvention sagen die Gesetze nichts. Ohne Zweifel können mehrere Reconventionsposten, wenn sie aus verschiedenen Widerklagen, z. E. *ex mutuo, ex empto* u. dgl. erwachsen, nicht zusammen gerechnet werden; wol aber *cum una reconventionem agitur, quae plures species in se habet*. Die Zusammenrechnung mit den Conventionsposten wird nur dann statt finden können, wenn die Reconvention aus eben dem Geschäfte, wie die Convention, z. E. aus einem Kaufcontracte, erwachsen ist.

Wenn übrigens mehrere Streitgenossen klagen, oder verklagt werden: so ist das nur als *una actio* zu betrachten. ¹²⁾

10) In iure eccl. prot. L. II. tit. XII. §. 14.

11) Vianen de concursu actionum c. 1. §. 8. in Oelrichs thesauro novo dissert. iur. Vol. 1. p. 272. conf. Meermann thesaur. T. II. p. 290. nr. 7. 8.

12) L. 11. §. 2. D. de iurisdict. l. 9. pr. D. de pact. l. 10. §. 2. D. de appell. Me u. decis. P. VIII. dec. 106.

§. 7.

Bei Errichtung des Reichs = Cammergerichts war von einer Appellationssumme die Rede ebenfalls nicht; man konnte von jeder, auch noch so geringfügigen Sache dahin appelliren. Doch ward bald nachher die Summe anfangs auf 50 ¹⁾ und sodann auf 150 ²⁾ Gulden Hauptguts festgesetzt, in der Folge aber auf 300 Gulden erhöht.

Ueber die Cumulation mehrerer Summen ward nichts verordnet; doch scheint das Cammergericht sie gestattet zu haben.

Gail³⁾ schreibt: *possunt autem diversae summae coniungi, et census sive pensiones cessae cum sorte pro fundanda iurisdictione cumulari.* Mynsinger⁴⁾ sagt:

Es. Pufendorf intr. in proc. civ. P. IV. c. 1. sect.

1. §. 24. Pufendorf obs. T. 1. obs. 30. §. 3. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft (eine Abhandlung, die hier überall nachgelesen zu werden verdient) §. 10. in dessen und Walschs Magazin p. 247.

Es folgt aber hieraus nicht, daß sie in solidum haften.

1. 42. D. de re iud. l. 10. §. 3. D. de appell. l. 1. C. Si plures una sent.

1) E. G. D. v. 1521. tit. 24. §. 1. v. 1523. tit. 1. §. 5. v. 1555. 2ter Th. tit. 28. §. 4.

2) R. A. v. 1570. §. 66.

3) Dep. Absch. v. 1600. §. 14. Conc. der E. G. D. 2r Th. tit. 31. §. 4. S. Mein Sendschreiben: ob die Revision auch alsdann statt finde, wenn die Summe groß genug ist, um an die Reichsgerichte appelliren zu können, p. 6.

4) In obs. L. 1. obs. 123. nr. 3.

5) In obs. cent. V. obs. 83. nr. 4.

quid autem si ab uno vel *pluribus creditoribus* plures summae petantur, quarum quaelibet per se non continent 50 aureos ⁶⁾ an summae coniungi possint? et Domini eas coniungi posse censuerunt. Eadem ratione cumulatio sortis et censuum in camera admittitur. Die Cammergerichtsassessoren Koch und Werner ⁷⁾ schreiben quid igitur, si ab uno vel *pluribus actoribus* variae summae petantur, an coniungi debeant pro iurisdictionis tuitione? Respondendum, coniungendos.

§. 8.

Bei den, dem jüngsten Reichsabschiede vorausgegangenen Verhandlungen war von Erhöhung der Appellationssumme von neuen die Rede.

In der Specification derjenigen Punkte, welche in Berathschlagung zu ziehen seyn mögten, war der 5te, wie die gar zu häufig anwachsende Appellationen zu verhüten seyn mögten? ⁸⁾

Als er am 14ten Febr. 1644 zur Berathschlagung kam, ward vorgeschlagen, die Appellationssumme auf 600 Gl. zu erhöhen. Dabei erinnerte Braunschweig, ⁹⁾ „daß die privilegia appellationis vornehmlich dadurch sehr „bestruirt wurden, weil sich die Advocaten unterstünden, „alles zu dem Ende zu coacerviren und zusammen zu

6) Er schrieb dieß, wie er selbst bemerkt, zur Zeit, da die Appellationssumme noch nicht höher war.

7) In comment. ad ordinat. iudicii cam. P. 2. tit. 28. in Deckherr monument. lectionis antiq. befindlich.

8) Meiern Regensb. Reichstagshandl. 2ter Th. p. 29.

9) Meiern p. * 230. Neurodes Erläuterung des jüngsten R. A. p. 453.

„rassen, damit die Sache dadurch appellabel gemacht werden möge; und stünde dahin, ob nicht bei nächster Session auf gewisse expedientia, diesem Unheil zu begegnen, zu denken seyn mögte.“ Auch ließ Würzburg¹⁰⁾ dahin gestellt seyn: „ob nicht summa appellabilis allein auf sortem, nicht aber zugleich auf die usuras oder andere accessoria zu richten seyn mögte.“

Hierauf fiel das conclusum¹¹⁾ dahin aus: „die communem summam appellabilem auf 300 Goldfl. zu 2 fl. gerechnet, zu extendiren. Anlangend die in den Braunschweig- und Würzburgschen votis vorgestellten Erinnerungen, sollte bei nächster Session darüber deliberirt werden.“

Dies geschah in der Session vom 16ten Febr., und wurden folgende Fragen aufgeworfen:¹²⁾

1) ob und wie weit die summa appellabilis zu extendiren, und

2) ob solches allein auf das Capital, oder zugleich auf die Zinsen und Nutzungen zu verstehen sey?

Braunschweig hielt dafür,¹³⁾

„daß 1) die summa appellabilis bloß auf das Capital und Hauptgeld gemeinet seyn soll; und obwol solches dem R. A. de 70 nicht ungemäß: so wären doch testante Gailio, Mynsingero et aliis die Zinsen bisher allemal mit angeschlagen.“

„Weil auch 2) vermöge der Rechte diversae summae cumulirt, und dadurch die abgesprochene Summe

10) Meiern ibid. Neurodes ibid.

11) Meiern p. 231. *

12) Meiern ibid.

13) Meiern p. * 232. Neurodes p. 455.

„appellabilis gemacht wird: so hätte es zwar dabei in
 „den Fällen sein Bewenden, quando diversae summae
 „in eodem processu, eademque sententia zu- oder ab-
 „erkannt wären; in diversis processibus oder sententiis
 „aber, etiamsi uno eodemque die laiti müsse solches
 „keine Statt mehr finden.“

Da niemand der übrigen Botanten widersprach: so
 erfolgte das conclusum,¹⁴⁾ „daß die summa appellatio-
 „nis insgemein auf 600 Reichsgulden Hauptgut, ohne
 „einigen Anschlag der Interesse oder fructuum, (es sey
 „dann, daß man auf selbige bloß und allein klagen wür-
 „de,) auch ohne Zusammenschlagung diversarum causa-
 „rum zu erhöhen sey.“

In Gemäßheit dieses conclusi ward im jüngsten R.
 A.¹⁵⁾ verordnet: „daß summa appellabilis von 300
 „Gulden bis in 400 Reichsthaler Capital erhöht wer-
 „den soll.“

§. 9.

Ueber die Cumulation mehrerer Summen ist nun
 zwar im R. Abschiede selbst nichts verordnet; aber nach
 den Verhandlungen scheint die Sache keinen Zweifel zu
 haben.¹⁶⁾ Man wollte nämlich nur dem Mißbrauche
 gesteuert wissen, daß mehrere Summen e diversis pro-
 cessibus oder sententiis gehäuft würden. Als Gegensatz
 dieser Art Häufung nahm man die Cumulation derje-

14) Meiern p. * 234. Neurodes p. 457.

15) §. 112.

16) Auch läßt sich aus der angeführten, so wie aus mehrern an-
 dern Stellen der Verhandlungen, die Frage: ob Zinsen
 mit hinzu zu rechnen sind, leicht entscheiden. Cf. quoque
 der jüngste R. A. §. 127.

nigen Summen an, welche in *eodem* processu zu = oder aberkannt waren; und dabei sollte es sein Bewenden haben. Ob sie *una* actione gefodert würden, oder *pluribus* actionibus, unterschied man nicht. Bisher war beides gestattet; beides sollte auch ferner gestattet werden; denn hätte man das nicht gewollt: so hätte man nicht so allgemein reden, sondern sich auch hierüber erklären müssen.

Zwar bezog man sich auf die Rechte. Aber es ist ja aus den vorhin angeführten Schriftstellern, besonders dem Mynsinger, Koch und Werner, und noch deutlicher aus den Beschwerden, die bei den Verhandlungen geführt wurden, zu ersehen, wie man sie damals gedeutet habe. Denn, wenn die Advocaten „alles coacervirt und zusammengerafft haben, damit die Sache „dadurch appellabel gemacht werden möge;“ wenn sie daher Summen, die „in *diversis* processibus oder *sententiis*“ zu = oder aberkannt waren, zu solchem Ende cumulirt haben: so folgt von selbst, daß damals die Cumulation auf den Fall* si quis *una* actione ageret, nicht beschränkt gewesen sey.

Man verstand mit den angeführten und mehr andern gleichzeitigen und spätern Schriftstellern ¹⁷⁾ die Ge-

17) B. C. Blum in proc. camer. tit. 46. §. 11. Treutler an der von Bachov widerlegten Stelle (S. oben §. 6. Not. 8.) Christinaeus in decision Vol. VI. decis. 101. nr. 24. 25. schreibt, quod plures summae, in quibus diversis sententiis quis condemnatus est, cumulationem non admittunt; secus esset, quando quis una eademque sententia condemnatus fuisset in separatas summas. Brunne mann ad l. 10. D. de appell. nr. 9. sagt: collige ex §. 1. plures summas, ut ad princi-

sehe, namentlich L. 11. pr. D. de iurisdic. und l. ult. §. ult. C. de appell. un~~re~~cht; man glaubte, sie gestatteten jede Cumulation, mit alleiniger Ausnahme solcher Summen, welche in verschiedenen Prozessen verhandelt waren; und man wollte, daß es dabei, — also bei dem, was man, obwol irrig, für den wahren Sinn der Gesetze erkannte, sein Bewenden haben solle. Es kann also im gegenwärtigen Falle nur darauf ankommen, zu wissen, quid actum sit, nicht aber, welcher Sinn der Gesetze der wahre sey.

Wenn nun in dem hierauf folgenden concluso nur die Zusammenschlagung diversarum causarum verboten ist: — was man unter *diversis causis* verstanden habe, ergeben die vorübergehenden Verhandlungen deutlich¹⁸⁾ — so sieht man leicht, daß es in allen übrigen Punkten bei der bisherigen Art, verschiedene Summen zu cumuliren gelassen sey, also alle und jede in einem und demselben Rechtsstreite, sowol con. als reconveniando geforderten Summen cumulirt werden können.

Ich kann jedoch nicht unbemerkt lassen, daß, wenn ich den Pütter¹⁹⁾ ausnehme, welcher weiter nichts

pem eatur, coniungi posse. Et huic sententiae non obstat l. 11. D. de iurisd. ut putat Bachov, sed magis hanc confirmat. Ut enim plures summae cumulae non excludunt iurisdictionem iudicis, habentem restrictam ad certam quantitatem; ita plures summae cumulae fundant iurisdictionem iudicis ad quem. Die Meinung des Böhmers habe ich schon oben §. 6. Not 10 angeführt.

18) Cf. Eckhard hermenevtica iur. ex edit. Walchii, p. 819. §. 84.

19) In epitome proc. imp. §. 177.

lehrt: als e pluribus sententiis plures summas cumulari non posse, fast alle Schriftsteller über den Reichsprozeß, ²⁰⁾ ohne gleichwol jene Verhandlungen benutzt

- 20) Ludolf. obs. ad Magenhorst nr. XIV. in Eius iure cam. p. 260. Cramer syst. proc. imp. §. 1116. Stark de summa appellabili §. 30. Gönner im Handbuche 3ter Band p. 158. Es ist übrigens seltsam, wenn Ludolf schreibt: si summae sunt plane separatae, iudex prudentius facturus esset, si tot sententias ferat separatim, quot sunt litis capita. Läßt man cumulationem obiectivam zu: so müssen ohne Zweifel alle Punkte in einem Erkenntnisse abgeurtheilt werden.

Uebrigens führt Cramer in obs. iur. univ. T. 1. obs. 166. und nachher ausführlicher in den Weylarschen Beiträgen 1stes Stück Nr. 14. aus, daß, wenn mehrere Gläubiger gegen die, ihnen im Prioritätsurtheile vorgesezten, gemeinschaftlich appelliren, die Forderungen der mehreren Appellanten cumulirt werden können.

Eben derselbe, welchem nebst dem Cammergerichts- Assessor v. Albin dem älteren, bei der jüngsten Cammergerichtsvisitation die Revision des 2ten Theils des Conc. der E. G. D. aufgetragen ward, schreibt in dem abgegebenen Gutachten folgendes: „ Stehet annoch bei der summa appellabili zu bemerken, daß mehrere und verschiedene Summen, wenn sie von creditoribus eodem libello begehrt, und eadem sententia debitor condemnirt oder absolvirt worden, und alle ein und eben dieselbe Sache ausmachen, mithin auch einerlei Defension haben, so daß das gravamen inseparabile ist, ad summam appellabilem constituendam zusammen genommen werden können. Z. E. es hat mein Vater eine Rechnung gehabt, daher habe ich verschiedene Posten zu fodern, v. g.* wegen Korn 400 fl., wegen Wein 400 fl. u. s. w. und ist alles in uno libello comprehendirt; da kann appellirt werden. Wenn ich aber den andern actionire v. g. ex legato 400 fl. ex mutuo 400 fl., da kann nicht appellirt werden; es sind zwar diversae summae, hingegen aber müssen die Summen und

und erwogen zu haben, von andern Grundsätzen ausgegangen sind; welche sich jedoch, ohne daß es nöthig ist, sie einer besondern Prüfung zu unterwerfen, aus Obigem leicht beurtheilen lassen.

§. 10.

Zum Beschluß bemerke ich hier noch die Vorschrift des corporis iur. Fridericiani ²¹⁾ „wenn mehrere Posten „streitig gewesen, und von dem, darüber ausgesprochenen Urtheil appellirt wird: so kommt es nicht darauf „an, ob jede Post für sich, sondern nur, ob sämtliche „in das appellatorium zu bringende Posten zusammen „genommen, summam appellabilem ausmachen.“

Posten müssen necessariam cohaerentiam haben, und in uno libello comprehendirt seyn. Wenn daher eine necessaria cohaerentia vorhanden, wie in Erbschaftsachen, und nur in fraudem der Appellation so etwas statuiert wird, als wie der casus bekannt, daß ein iudex inter cohaeredes die Division nur stückweise, v. gr. so und so viel Morgen Wiesen, hernach die Aecker vorgenommen, und über jedes, damit nicht summa appellabilis herauskomme, apart gesprochen, cum tamen divisio fluat ex eodem principio, scil. familiae herse., so kann doch appellirt werden.“ C. Selchow Concepte der Reichs-Cammergerichtsordnung auf Befehl der jüngsten Visitation entworfen; 2ter Th. p. 266.

21) 1stes Buch, 1ster Th. tit. 14. §. 3.

VII.

Ueber die Strafe des Hausdiebstahls, nach Chur-Braunschweigischen Landesgesetzen.

§. 1.

Es ist bekannt, daß die, in den Chur-Braunschweigischen Landen gegen die Hausdiebe ergangenen älteren Verordnungen ¹⁾ nachher unterm 24sten Novemb. 1772 ²⁾ theils erneuert, theils in einigen Punkten abgeändert sind.

Nach Vorschrift dieser renovirten Verordnung Art. 1. soll der Hausdieb, wenn er über 20 Jahr alt ist, und der Werth des Gestohlenen auf 15 Thaler Species, oder 30 nach dem Leipziger Fuß ausgeprägte Gulden sich beläuft, mit dem Stränge bestraft werden. — Wenn aber, nach Art. 2. der Hausdieb das 20ste Jahr noch nicht vollbracht, oder der Werth des Gestohlenen die vorhin bestimmte Summe nicht erreicht: so soll er in den Kar-

1) S. Ay rer diss. de poena furti domest. sect. II. Struben rechtl. Bedenken 2ter Th. Nr. 107. §. 8. 3ter Th. Nr. 102. 4ter Th. Nr. 67. und Nr. 80. §. 7.

2) Struben 5ter Th. Nr. 40. Meister princip. iur. crim. §. 229. Note a.

ren, oder das Zuchthaus auf Zeitlebens verurtheilt werden.

Dieser 2te Artikel ergibt deutlich, daß in beiden Fällen, es sey nun

1) daß der Hausdieb das 20ste Jahr seines Alters bereits vollbracht hat, aber der Werth des Gestohlenen die Summe der 15 Rthlr. Species nicht erreicht; — oder

2) daß zwar jene Summe vorhanden, der Dieb aber noch nicht 20 Jahr alt ist, die Todesstrafe nicht, wol aber lebenslängliche Karren- oder Zuchthausstrafe statt finden solle.

Es giebt aber noch einen dritten Fall, — den nämlich, wenn weder der Dieb 20 Jahr alt, noch der Werth von 15 Rthlr. Species gestohlen ist; — und es fragt sich, ob auch hier auf lebenslängliche Strafe zu erkennen sey?

Der vormalige Criminalhof hieselbst hat diese Frage verneinend entschieden, ³⁾ und einem Hausdiebe, der zugleich mehr andere Diebstähle begangen hatte, 5jährige Zuchthausstrafe zuerkannt. Die Gründe waren folgende:

„Da durch die Erklärung der Geschwornen fest steht: daß der Angeklagte W.

1) dem Ackermann E. zu B. einen kupfernen Kessel, ungefähr 3 Thaler an Werth,

3) Am 17ten Decemb. 1812 in Sachen gegen den Dienstenken W. Meine Leser werden hieraus von selbst die Folge ziehen, daß dem Criminalhofe hieselbst die Gerichtsbarkeit über einen Theil der Handverschen (so wie auch über einen bedeutenden Theil der Königl. Preussischen) Lande zustand.

- 2) dem Reitburschen E. und Postillon M. aus einem verschlossenen Schranke 2 Thaler,
- 3) dem Postillon W. ein ledernes Beinkleid, ungefähr 3 Rthlr. an Werth,
- 4) dem Rothfassen H. zur Zeit als er bei ihm in Kost und Lohn stand, aus einem verschlossenen Schranke 6 Rthl. gestohlen hat, der Bestohlene jedoch durch ein Tuch, für die Summe von ungefähr 1 Rthlr. entschädiget ist;
- 5) dem Stellmacher H. aus einem verschlossenen Schranke, eine silberne Taschenuhr, wenigstens 5 Rthlr. an Werth, gestohlen, auch
- 6) dem Reitburschen C. 1 Rthlr. 8 ggr. verunreinnet hat.

Nach Ansicht

der in den Hannöverschen Landen ergangenen Verordnung gegen den Hausdiebstahl vom 14ten November 1772. §. 1. 2. und 7. *)

der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. Art. 157. und 159.

In Erwägung,

daß der Angeklagte nach dem

Fol. actor. 31.

befindlichen Extract aus dem Kirchenregister, am 15ten November 1793 geboren, also noch nicht 20 Jahr alt ist, auch der Betrag des ad 4. erwähnten, nach der Verordnung von 1772 zu bestrafenden Diebstahls, sich nur auf 6 Rthlr. beläuft;

-
- 4) Der allegirte 7te §. verordnet, daß, in wie fern die Einrede der Restitution, und daß dem Bestohlenen kein Schaden verbleibe, zu attendiren sey, der richterlichen Ermäßigung nach Vorschrift der gemeinen Rechte überlassen werde.

In Erwägung,

daß gedachte Verordnung bei Bestimmung der lebenswierigen Strafe voraussetzt, daß nur eins von beiden, entweder ein Alter unter 20 Jahren, oder eine Summe unter 15 Rthlr. species vorhanden sey;

daß also, wenn beides zusammen eintritt, also weder ein solches Alter, noch eine solche Summe vorhanden ist, dem Richter eine geringere als lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen, überlassen bleibt;

Meisters Erkenntnisse in peinlichen Fällen decis. 95.

daß auch eine mildere Praxis sich bei geringen Hausdiebstählen längst von der Strenge dieser Verordnung entfernt hat;

conf. arrêt des Criminalhofes in Untersuchungssachen gegen Johann August Joachim C. vom 25ten März 1812. 5)

In Erwägung jedoch,

daß dieser Hausdiebstahl dadurch, daß das Geld aus einem verschlossenen Gewahrsam entwendet ist, erschwert wird,

daß dem Angeklagten auch außerdem noch 4 andere, zum Theil ebenfalls mittelst Aufbrechung verschlossener Gewahrsame begangene Diebstähle zur Last fallen; dieser habitus furandi aber eine nachdrückliche Strafe nöthig macht."

§. 2.

In dem, im Spbo I. angeführten Erkenntnisse ist be-

5) C. den folgenden §.

merkt, daß eine mildere Praxis sich bei geringen Hausdiebstählen längst von der Strenge des Gesetzes entfernt habe; und ist dabei auf ein Erkenntniß gegen C. vom 25sten März 1812 Bezug genommen. Es hat damit folgende Bewandniß.

Der Dienstknecht C. ward von seinem Herrn beschuldigt, daß er ihm Korn und verschiedene Sachen entwandt habe. Derselbe gestand, seinem Herrn ungefähr 4 Himten theils Roggen, theils Hafer, desgleichen etwas unreines Korn entwandt, gab aber vor, es in dessen Pferde verfüttert zu haben.

Der Werth davon war nach den damaligen Kornpreisen gering; — der Durchschnittspreis für den Himten Roggen war 12, für den Himten Hafer 8 ggr. Cassenmünze. Das unreine Korn konnte ungefähr zu 5 ggr. angeschlagen werden.

Er gestand ferner, seinem Herrn einige Sachen gestohlen zu haben, die zu 1 Rthlr. 7 ggr. taxirt wurden.

Das Tribunal erster Instanz des Distrikts Uelzen, schickte die Akten an den Criminalhof zu Hannover; welcher aber die Sache an gedachtes Tribunal zurückwies. Auf eingewandte Cassation ward das Erkenntniß des Criminalhofs cassirt, und die Sache an den Criminalhof zu Wolfenbüttel verwiesen; welcher aber erkannte: daß die peinliche Anklage nicht statt finde; vielmehr die Sache an das Correctionsgerecht des Distrikts Uelzen zum fernern Verfahren verwiesen werde. Die Gründe waren folgende:

„In Erwägung, so viel
den Korndiebstahl betrifft, daß die Angabe des Ange-
schuldigten, als habe er das Korn nicht Gewinns-
stes halber, sondern zu Fütterung der Pferde seines

Herrn verwandt, eines Theils an sich, und insonderheit bei dem in Ansehung der Eier, gethanen offenen Geständnisse, nicht unwahrscheinlich ist, da solches von den Knechten häufig geschieht, und Gründe, das Gegentheil anzunehmen, nicht vorhanden sind; andern Theils solche Angabe durch das Zeugniß des Knechts Sötebier im Protokolle vom 20sten Februar dieses Jahrs

Acta des Criminalhofes fol. 26.

unterstützt wird,

und wenn gleich dieser Unterschleif nachdrücklich bestraft werden soll, *) dennoch daraus nicht folgt, daß grade eine Criminalstrafe statt finden müsse; eine solche auch, da der Werth des Kornes, nach den bescheinigten damaligen Preisen sehr gering, ohnehin, daß durch solche Fütterung den Pferden Schaden zugefügt sei, aus den Akten nicht ersichtlich ist, in gegenwärtigem Falle offenbar nicht eintreten kann;

In Erwägung endlich, so viel

den eigentlichen Hausdiebstahl betrifft, daß nach dem Zeugniß der mit dem Gerichtsgebrauche vertrauten Behörden, als des Tribunals zu Uelzen in dem Erkenntnisse vom 11ten October 1811, des Criminalhofes des Allerdepartements in dem Arrêt vom 1sten November 1811, und selbst des, bei demselben angestellten Generalprocurators, in seinem Antrage vom 1sten November

Acta appell. Fol. 7.

mit welchem ein älteres praeiudicium beim

Meister in den rechtlichen Erkenntnissen und Gutachten in peinlichen Fällen decis. 95.

6) Verordnung §. 4.

übereinkömmt, bei geringen Hausdiebstählen eine, die Competenz der Correctionstribunale nicht übersteigende, ja selbst, nach Beschaffenheit der Umstände, nur 4 bis 6 wöchige Gefängnißstrafe

Acta appellat. Fol. 7.

erkannt ist;

daß also bei der Geringfügigkeit des Objects, bei der Jugend des Angeschuldigten, verbunden mit seiner Einsicht,

Volum. 2, Fol. 10.

endlich bei der geschehenen Restitution, worauf, selbst nach ausdrücklicher Vorschrift der erwähnten Verordnung, Rücksicht zu nehmen ist, 7) eine Criminalstrafe in gegenwärtigem Falle, und wenn gleich bei Erkennung der Strafe der Unterschleif des Kornes mit in Betracht zu ziehen ist, nicht eintreten kann.“

§. 3.

Die Richtigkeit dieses Gerichtsgebrauchs vorausgesetzt, kann man wol annehmen, daß die gesetzgebende Gewalt in allen Fällen, wo der Werth des Gestohlenen, der Summe von 30 Gulden nicht nahe kömmt, von der Strenge des Gesetzes abgegangen sey; daß sie also eine Stufenfolge der Strafe eintreten und die höchste körperliche Strafe nur dann statt finden lassen wolle, wenn der Diebstahl dem Werthe von 30 Gulden nahe kömmt.

Wenigstens hat der Criminalhof hieselbst, in der Lage, worin er war, da er der milden Regierung der dortigen Lande das Urtheil zur Genehmigung oder Ver-

7) S. oben Note 4.

wandlung in eine geringere Strafe nicht vorlegen konnte, geglaubt, durch Anwendung dieser Grundsätze weniger, als durch Anwendung der Verordnung in ihrer ganzen Strenge zu fehlen, zumal da ohnehin neuere Gesetzgebungen den Hausdiebstahl bedeutend gelinder bestrafen. ⁸⁾

Er erkannte daher unterm 16ten März 1813 gegen C., welcher den Werth von 11 Rthlr. 19 ggr. gestohlen hatte, nicht lebenslängliche, sondern nur 10jährige Zuchthausstrafe aus folgenden Gründen:

„Da durch die Erklärung der Geschwornen feststeht: daß der Angeklagte dem Ackermann J. zu Ribbüttel, zur Zeit, da er in dessen Lohn und Kost gestanden hat, mehrere Kleidungsstücke, wenigstens 11 Rthlr. 19 ggr. an Werth gestohlen hat;

Nach Ansicht

der Chur = Braunschweigischen Verordnung, den Hausdiebstahl betreffend vom 24sten November 1772. §. 1. 2. 9. ⁹⁾

In Erwägung,

daß der Angeklagte das 20ste Jahr bereits vollbracht hat, wie die

Fol. 43.

befindliche öffentliche Urkunde ergiebt;

8) Königl. Preuß. allg. Landrecht 2ter Th. 20. Tit. §. 1140, Verordn. wegen Bestrafung der Diebstähle d. d. Berlin den 26sten Febr. 1799. §. 7. Oesterreichischer Criminal-Coder, §. 156. d. 157. 158. 159. in Gönners Archiv 1ster Band, pag. 82.

9) Der §. 9. oder vielmehr der Schluß der Verordnung besagt, daß die Verordnung jährlich von den Kanzeln verlesen, auch der Inhalt derselben den Kindern bei der Vorbereitung zur Confirmation von den Predigern bekannt gemacht werden soll.

daß er ferner in den Churbraunschweigischen Landen geboren, confirmirt, und zu Kirchen und Schulen gegangen ist, also den Inhalt der gedachten Verordnung sowohl überhaupt, als insonderheit bei der Vorbereitung zur Confirmation kennen zu lernen, Gelegenheit gehabt hat; mithin auf die vorgeschützte Unwissenheit derselben, wenn solche auch berücksichtigt werden könnte, im gegenwärtigen Falle, und da man ohnehin von der Strenge der Verordnung abgegangen ist, nichts ankömmt;

In Erwägung,

daß der Werth der gestohlenen Sachen nur 11 Rthlr. 19 ggr. Conventionsmünze beträgt, also nur wenig über die Hälfte von 30 nach dem Leipziger Fuß ausgeprägten Gulden, bis zu welcher Summe nur körperliche Strafe statt finden soll;

daß, wie das Arrêt dieses Criminalhofes vom 25sten März 1812 gegen den Knecht C. ersehen läßt, nach dem Gerichtsgebrauche bei geringen Hausdiebstählen, eine, die Competenz der Correctionstribunale nicht übersteigende, selbst nach Beschaffenheit der Umstände nur 4 — 6 wöchige Gefängnißstrafe erkannt ist;

daß also, wenn gleich der Werth des Gestohlenen nicht ganz geringe, dennoch wohl anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber, welcher diesen Gerichtsgebrauch nicht gemißbilligt hat, in allen Fällen, wo der Werth des Gestohlenen, der Summe von 30 Gulden nach dem Leipziger Fuß nicht nahe kömmt, von der Strenge der Verordnung abgewichen sei, und nur verhältnißmäßige, nach Maaßgabe der gestohlenen Summe zu arbitrende, körperliche Strafe statt finden lasse;

daß solches um so mehr anzunehmen ist, als widerigensfalls es eines Theils an einer bestimmten Summe, bis zu welcher nur geringe Correctionsstrafe statt finden kann, und von welcher an, lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden muß, erman-
geln; auch andern Theils es an der gehörigen Proportion der Strafen fehlen würde, wenn, einer unbedeutenden Summe wegen, statt einer sonst zu erkennenden nur correctionellen Strafe, sofort und ohne Gradation die höchste körperliche Strafe erkannt werden müßte."

VIII.

Ueber die Strafe des dritten Diebstahls; nach dem gemeinen Rechte §. 1. und den Königl. preussischen Gesetzen §. 2—5.

§. 1.

Nach der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. ¹⁾ soll derjenige, welcher zum dritten male gestohlen hat, am Leben gestraft werden; und zwar der Mann mit dem Strange, und die Frau mit dem Wasser, oder sonst auf andere Art nach dem Gebrauche jedes Landes.

Der vormalige Criminalhof zu Wolfenbüttel hatte die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten adoptirt, welche die angedrohte Strafe nicht anders, als nach vorausgegangener zweimaliger Bestrafung für anwendbar halten. ²⁾ Er nahm dabei auf die mehrere oder mindere

1) Art. 162. cf. Günthers Bemerkungen Nr. XIV. Ueber die Strafe nach Ehur. Braunschweigischen Gesetzen. S. denselben a. a. O. p. 105. Struben rechtl. Beh. 2ter Th. Nr. 107. §. 6. 4ter Th. Nr. 204. Meisters Bemerkungen 2ter Band Nr. 12.

2) Koch instit. iur. crim. §. 200. Note 5. Konozak über den dritten Diebstahl, in Kleins und Kleinschrod's

Wahrscheinlichkeit einer gänzlichen Unverbesserlichkeit oder der noch zu hoffenden Besserung, also auf die Härte und Dauer der vorhin erlittenen Strafen, auf mehrere oder mindere Verwegenheit, oder vielleicht dargebotene Gelegenheit, so wie auf etwanige unverschuldete hülflose Lage des Diebes, ³⁾ auch als Nebengrund auf die etwanige unbedeutende Summe, Rücksicht; — alle übrigen, von den Rechtsgelehrten ausgedachten Einschränkungen schienen ihm auf minder haltbaren Gründen zu beruhen.

Diesem gemäß, ward im Jahr 1812 der Tagelöhner K. zur Zuchthausstrafe auf 10 Jahr condemnirt. Er hatte bereits 10jährige Zuchthausstrafe erlitten, ohne sich diese harte Strafe zur Besserung gereichen zu lassen; die Strafe konnte daher in Rücksicht des nur geringen Werths der gestohlenen Sachen, — ein bis ein und einen halben Thaler — nicht herabgesetzt werden. Die erste Strafe hatte in 6 monatlicher Zuchthausstrafe bestanden, welche er jedoch nicht ganz erlitten hatte.

In eben dem Jahre ward dem Tagelöhner U. 5jährige Zuchthausstrafe zuerkannt. Der Werth der gestohlenen Sachen belief sich zwar höher, wie bei dem vorigen, nämlich auf 4 Rthlr. 2 ggr., aber er war das erstemal

Archiv 5ten Bandes 2tes Stück Nr. V. add. 7ten Bandes 1stes Stück nr. V. und 2tes Stück nr. V. Grolmanns Criminalrecht, §. 197.

- 3) So ward im Jahr 1810 gegen B. der Umstand mit berücksichtigt: „daß seiner körperlichen Beschaffenheit wegen ihn nicht leicht jemand in Arbeit nehmen wird; es ihm daher äußerst schwer gefallen seyn muß, auf eine ehrliche Art sein Brod zu verdienen.“

nur mit ungefähr zweimonatlichem Arreste, das zweitemal mit einjähriger Zwangarbeit bestraft; hatte also beide male nur mäßige Strafe erlitten, und war daher zu den unverbesserlichen Dieben nicht zu rechnen.

Aus eben diesem Grunde ward im Jahr 1813 gegen den Tagelöhner E. 4jährige Zuchthausstrafe erkannt. Er war das erste mal, außer dem, während der Untersuchung erlittenen 7 monatlichen Arreste noch mit 8 Tage Gefängniß, und das zweite mal mit 6 monatlicher Zwangarbeit bestraft. Jetzt hatte er gemeinschaftlich mit einem Cameraden, aus einem Garten, Finnen, 6 Thaler an Werth, gestohlen, folches aber, da beide sogleich verfolgt wurden, auf der Flucht von sich geworfen. 4)

Im Junius 1814 erkannte das Fürstl. Landesgericht zu Wolfenbüttel 10jährige Zuchthausstrafe gegen den Müllerburschen S., welcher davon an die F. Appellations-Commission appellirte. Er war wegen der, von ihm selbst, begangenen Diebstähle zwar nur mit mäßigen Strafen, nämlich mit 6wöchiger Zwangarbeit, und nachher mit einjährigem Zuchthause belegt. Allein, — abgesehen davon, daß der Werth der gestohlenen Sachen, und des zugleich gestohlenen Geldes 13 Thaler 20 ggr. betrug: so hatte er auch, außer jenen beiden Strafen annoch folgende erlitten:

a) wegen Theilnahme an den Vortheilen eines, von ei-

4) Das Verbrechen war jedoch vollendet, wenn gleich die Diebe die gestohlenen Sachen noch nicht in ihr Gewahrsam gebracht hatten. Struben rechtl. Ved. 1ster Th. Nr. 15. Meister sen. Erkenntnisse in peinl. Fällen, dec. 44. Nr. 28. Meisterrun. princ. iur. crim. §. 212. Feuerbach peinl. Recht, §. 316. Grolmann Criminalrecht, §. 179. Quistorp peinl. Recht, §. 342.

nem Andern begangenen Diebstahls, 6 monatliche Zwangsarbeitsstrafe;

b) wegen verübter Betrügerei

- 1) einjährige Werkhausstrafe; sodann noch einmal
- 2) zweijährige Werkhausstrafe, wobei er zur strengen Arbeit angehalten werden sollte; endlich
- 3) wieder einjährige Werkhausstrafe; wovon ihm in Hoffnung, daß er sich gebessert habe, die letzten 5 Wochen geschenkt sind, und er im Febr. 1814, also kurz vor dem, von neuen begangenen Diebstahle entlassen ist.

Hieraus, so wie aus den ganzen Akten ergibt sich, wie gefährlich dieser Mensch seinen Mitbürgern, und wie schwer er zu bessern ist; — es fehlte daher zu Herabsetzung der Strafe an hinlänglichen Gründen, und das Erkenntniß ward bestätigt.

§. 2.

In dem Königl. preussischen allgemeinen Landrecht ⁵⁾ wird der Diebstahl in den gemeinen und gewaltsamen eingetheilt. Beide sind wieder mit erschwerenden Umständen verbunden, ⁶⁾ oder ohne solche.

5) 2ter Th. 20ster Tit. §. 1121. und folg. auch §. 1164. und folg.

6) §. 1140. u. folg. auch §. 1174. u. folg. Es könnte Zweifel entstehen, ob man sich des Ausdrucks „gemeiner Diebstahl unter erschwerenden Umständen“ bedienen könne; da es im §. 1121. heißt: „ein Diebstahl, welcher ohne Anwendung einiger Gewalt, und ohne besonders erschwerende Umstände verübt worden, wird gemeiner Diebstahl genannt.“ Allein die Gesetze selbst (cf. §. 1169.) billigen diesen Ausdruck.

Der gemeine Diebstahl ohne erschwerende Umstände wird auf gedoppelte Art begangen;

- 1) an Eßwaaren oder Getränken zum eigenen Gebrauch, oder auch an andern Sachen, wenn deren Werth sich nicht höher als 5 Thaler beläuft; ⁷⁾
- 2) an Sachen über 5 Thaler. ⁸⁾ Jener wird nur polizeimäßig mit Gefängniß bis auf 4 Wochen; dieser, mit Strafarbeit oder Zuchthausstrafe von 4 Wochen bis zu 2 Jahren belegt.

Begeht jemand, welcher eines gemeinen Diebstahls wegen schon einmal bestraft ist, dieß Verbrechen zum zweiten male: so soll die Strafe, welche er, wäre dieser Diebstahl der erste, einfach leiden würde, verdoppelt werden; ⁹⁾ stiehlt er aber nach vorgängiger zweimaliger Bestrafung zum dritten male: so soll er „nach ausgestandener Strafe“ in einem Arbeitshause so lange verwahrt werden, bis er sich bessert und hinlänglich nachweist, wie er künftig seinen ehrlichen Unterhalt verdienen können. ¹⁰⁾

7) §. 1122—1124. cf. §. 1139.

8) §. 1125, 1126. 1158.

9) §. 1159. cf. §. 52. Der §. 1159. spricht zwar schon von demjenigen, welcher zur Strafe verurtheilt ist; es lei-
det aber wol keinen Zweifel, daß die gesetzliche Strafe des
zweiten Diebstahls nur dann erst zur Anwendung kommen
könne, wenn er die Strafe des ersten Diebstahls wirklich
erlitten hat. cf. 1158. und 1162. Eben dieß findet ohne
Zweifel auch beim dritten Diebstahle statt. In dem Ent-
wurf zum Gesetzbuch 1ster Th. 3te Abth. 8ter Tit.
§. 933. hieß es ausdrücklich: „nach zweimaliger Bestra-
fung.“

10) §. 1160.

Was für Strafe hier gemeinet sey, ist nicht ausgedrückt; ohne Zweifel also die Strafe des zweiten Diebstahls, ¹¹⁾ welche durch die zugleich verordnete Einsperrung geschärft ist. So ist diese Stelle auch nachher authentisch declarirt. ¹²⁾

§. 3.

Durch die nachher erfolgte Verordnung den Diebstahl betreffend, ¹³⁾ sind obige Verfügungen in manchen Stücken abgeändert. Nach Vorschrift derselben soll, wer zum ersten male eines gemeinen Diebstahls überführt ist, körperlich gezüchtigt, und wenn solche Züchtigung nicht anwendbar oder für unzureichend geachtet wird, zur Einsperrung in eine Besserungsanstalt, zum einsamen Gefängniß, oder zur Strafarbeit verurtheilt, und die Dauer dieser Strafe nach dem, durch die Vorschriften des all-

11) In dem Entwurf des Gesetzbuchs a. a. O. ward eine dreifache Strafe in Vorschlag gebracht.

12) Durch das Hofreskript v. 22ten Jun. 1796, worin es heißt: „Wenn das Gesetz §. 1159. die Strafe des wiederholten Diebstahls bestimmt und dann §. 1160. verordnet, daß der solchergestalt bestrafte Dieb, wenn er sich desselben Verbrechens abermahls schuldig macht, nach ausgedandener Strafe bis zu seiner erwiesenen Besserung in Verwahrung behalten werden soll; so ist es wol klar genug, daß unter dieser Strafe keine andere, als die im §. 1159. bestimmte Strafe des furti reiterati gemeint seyn kann, welche bei dieser nochmaligen Wiederholung nur durch die Verlängerung des Verlustes der Freiheit geschärft wird.“ Eisenbergs und Stengels Beiträge 2ter Band, p. 367.

13) Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle und ähnlicher Verbrechen, v. 26ten Febr. 1799.

gemeinen Landrechts geleiteten Ermessen der Urtheilsvorfasser bestimmt werden. ¹⁴⁾

Ist der Dieb, Diebstahls halber schon einmal bestraft: so soll, wenn er eines nachher begangenen gemeinen Diebstahls überführt wird, auf scharfe Züchtigung und jederzeit zugleich Einsperrung in eine Besserungsanstalt, oder einsames Gefängniß oder auf Strafarbeit erkannt; und die Dauer der Strafzeit nach dem, durch die Vorschriften des Landrechts geleiteten Ermessen des Gerichts bestimmt werden ¹⁵⁾

Wenn aber der Dieb nach vorgängiger zweimaliger Bestrafung, zum dritten male flieht: so wird nicht allein die körperliche Züchtigung vorzüglich geschärft, sondern auch auf Einsperrung in eine Besserungsanstalt auf so lange erkannt, bis die Vorgesetzten dieser Anstalt sich überzeugt haben, daß der Verbrecher durch die erlittene Strafe wirklich gebessert worden, daß er im Stande sey, sich auf eine redliche Art zu ernähren, und daß durch dessen Freilassung, der öffentlichen Sicherheit nicht geschadet werde, — und kann nur in diesem Falle, auf deshalben erstatteten Bericht der Vorgesetzten der Besserungsanstalt, das Gericht, welches das Strafurtheil abgefaßt hat, die Entlassung nachgeben. ¹⁶⁾

§. 4.

Eine Vergleichung dieser Verordnung mit den Vorschriften des Landrechts, wird ergeben, daß nach jener, die Strafe des dritten Diebstahls schärfer ist, als nach

14) §. 2 und 9.

15) §. 11.

16) §. 12.

dieser. Nach dem Landrechte wird, die Einsperrung abgerechnet, der dritte Diebstahl mit eben der Strafe belegt, wie der zweite; nach der Verordnung aber soll der zweite Diebstahl nur mit scharfer Züchtigung, der dritte aber mit vorzüglich geschärfter bestraft werden.¹⁷⁾ Daß diese Zusätze nicht umsonst da stehen, ist schon an sich zu vermuthen, noch mehr aber daraus zu ersehen, daß im §. 16. bei einem gewaltsamen Diebstahle, und im §. 26. beim Raube Züchtigung im geschärftesten Grade verordnet ist.

Es ist daher in Fällen, wo Züchtigung überall nicht anwendbar ist, die Strafe des ersten Diebstahls nicht bloß zu verdoppeln, sondern die verdoppelte etwas zu erhöhen; und außerdem noch Einsperrung bis zur Besserung zu erkennen.

§. 5.

Uebrigens leidet es keinen Zweifel, daß die Strafe des dritten, so wie auch des zweiten, desgleichen des vierten¹⁸⁾ gemeinen Diebstahls alsdann nicht eintreten könne, wenn der Dieb vorher nur polizeimäßig, nach Vorschrift des Landrechts §. 1122. und 1124. bestraft ist; und wird in solchem Falle die einfache Strafe nicht zu verdoppeln, jedoch verhältnißmäßig zu erhöhen seyn.¹⁹⁾ Zwar wer-

17) Die Gradation ist nämlich: Züchtigung, (welche freilich nach §. 5 — 7. bald gelinder, bald schärfer ist). — scharfe Züchtigung, — vorzüglich geschärfte Züchtigung.

18) Landrecht §. 1161. Verordnung §. 13.

19) Hingegen wird im umgekehrten Falle, wenn nämlich der 2te oder 3te Diebstahl nur polizeimäßig zu bestrafen ist, die Verdoppelung statt haben.

den solche geringe Diebstähle ebenfalls mit dem Namen des „gemeinen Diebstahls“ belegt; aber eigentlich und vorzugsweise wird nur der, im §. 1125. erwähnte darunter verstanden, ²⁰⁾ auf welchen allein, auch nur der Name eines „Verbrechens“ paßt. ²¹⁾

Zweifelhafter hingegen war die Frage: ob die Strafe des dritten Diebstahls jedesmal und ohne Ausnahme zur Competenz der Criminalhöfe gehöre, oder auch von den Correctionsgerichten erkannt werden könne?

War die gestohlene Summe gering: so war es klar, daß die, außer der Einsperrung bis zur Besserung, zu erkennende Strafe, die Competenz der Correctionsgerichte nicht überschreiten konnte; — die Beantwortung jener Frage hing also von einer andern ab, nämlich von der: ob diese Einsperrung, als Theil der Strafe, oder nur als Polizeimaasregel zu betrachten ist. Letztere konnte auf die Competenz der Gerichte keinen Einfluß haben, vielmehr von den Correctionsgerichten ebenfalls erkannt werden; als Theil der Strafe aber mußten die Criminalhöfe sie erkennen, weil sich nicht voraussehen ließ, ob sie nicht, mit Inbegriff der übrigen Strafzeit, über zwei Jahr hinaus, dauern könne.

Der Criminalhof hielt anfangs die Einsperrung nur für Polizeimaasregel, theils in Rücksicht der Worte des Landrechts: ²²⁾ „nach ausgestandener Strafe,“ theils, weil sie nicht auf bestimmte Zeit erkannt ward; — er verwies daher alle Sachen, worin die übrige Strafe sich nicht über zwei Jahr erstrecken konnte, an die Corrections-

20) Wie insonderheit aus §. 1140. zu ersehen ist.

21) S. Landrecht, §. 1159 u. 1160.

22) §. 1160. cf. §. 5.

gerichte. Nachher aber änderte er seine Meinung aus folgenden Gründen. Schon nach dem Landrechte ist die verordnete Einsperrung, wie das vorhin allegirte Hofrescript ergiebt ²³⁾ wirklich Strafe; also Folge des, an andern Stellen des Landrechts ²⁴⁾ ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes. Wäre sie das nicht: so würde diesem Grundsatz zuwider der dritte Diebstahl nicht schärfer, wie der zweite bestraft werden.

Nach der Verordnung ist die Sache noch klarer. Der Dieb soll in eine Besserungsanstalt eingesperrt werden; diese aber ist offenbar nicht bloß Polizei- sondern auch Strafanstalt; wie mehrere Stellen derselben ersehen lassen; ²⁵⁾ die Einsperrung in selbige wird auch von den Gerichten, nicht von der Polizeibehörde erkannt, und die Entlassung daraus, nicht von dieser, sondern von dem Gerichte, welches das Strafurtheil abgefaßt hat, ²⁶⁾ verfügt. Dazu kommt, daß, wenn die Einsperrung nicht Theil der Strafe wäre, die Bestrafung des dritten Diebstahls offenbar gelinder seyn würde, wie die des zweiten, als welcher außer der Züchtigung jederzeit zugleich mit durch Einsperrung bestraft

23) G. Note 12.

24) Landrecht §. 52. „Die Wiederholung gleicher Verbrechen „wirkt allemal Schärfung der, auf das einfache Verbrechen, im Gesetz bestimmten Strafe.“ add. §. 53.

25) Verordnung §. 2. (G. oben §. 3.) ferner §. 11. 16. 18.

26) Verordnung §. 11. Nach einer nachher ergangenen Verfügung in der Königl. Preuß. Criminalordnung §. 569 bis 571. wird sie vom Criminaldepartement des Justizministeriums verfügt.

werden soll, deren Dauer nach dem, durch die Vorschriften des Landrechts geleiteten Ermessen des Gerichts bestimmt wird.

Aus diesen Gründen hat der Criminalhof in neuern Zeiten, die Strafe des dritten Diebstahls, der Werth des Gestohlenen mogte so gering seyn, als er wollte, jederzeit selbst erkannt.

IX.

Ueber die Strafe des Pferdediebstahls.

§. I.

Der Pferdediebstahl ist durch die peinliche Gerichtsordnung Carls V. nicht ausgezeichnet, also, bei Ermangelung besonderer Landesgesetze, die Lehre vom Diebstahl überhaupt, darauf anzuwenden. ¹⁾

Dergleichen Landesgesetze sind nun unter andern zu Anfange des vorigen Jahrhunderts, sowol in den Thyr- ²⁾ als Fürstlich ³⁾ Braunschweigischen Landen erschienen. Beide sind sehr strenge, und kommen darin überein, daß ein jeder, er sey einheimisch oder fremd, welcher ein Pferd von der Weide, oder aus den Häusern und Stallungen

1) Boehmer de abigatu et furto equor. §. 59. in elect. iur. civ. T. III. p. 307. Günthers Bemerkungen Nr. 15. p. 115.

2) Edikt gegen die Pferdediebe v. 22sten Nov. 1708. C. Boehmer l. c. §. 65. sqq. Günther a. a. D. p. 122. Bülow's und Hagemann's Erörterungen 2ter Theil, Nr. 36.

3) Verordnung v. 20sten August 1706. C. Günther pag. 118.

entwendet, ohne Rücksicht, ob er schon einen Pferdediebstahl begangen hat, oder nicht, auch ohne Rücksicht auf des Pferdes Werth und die geschehene Restitution, ferner ohne Rücksicht, ob er den Diebstahl selbst verübt, oder dazu, um davon zu participiren, mit Wachhalten oder sonst geholfen, und in einigerlei Weise dabei concurrirt, ohne einige Gnade mit dem Strange vom Leben zum Tode gebracht werden soll.

Auch in Mecklenburg sollen, nach den, noch in den Jahren 1779 und 1786 ergangenen Verordnungen, die Pferdediebe schlechterdings und unabittlich mit dem Strange bestraft werden. ⁴⁾

Ungleich gelinder sind die Königl. Preussischen Gesetze. ⁵⁾ Nach dem Landrechte soll der Diebstahl an Thieren auf der Weide mit Zuchthausstrafe von 6 Monat bis auf 3 Jahr bestraft; und diese Strafe durch Willkommen und Abschied geschärft; ⁶⁾ nach der Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle aber mit der, auf den ersten Diebstahl gesetzten Züchtigung ^{*)} bestraft werden.

§. 2.

Als Veranlassung zu der Strenge wird in der Fürstl.

4) Quistorps peincl. Recht, §. 366. Note *

5) Landrecht 2ter Th. 20. Tit. §. 1143. verglichen mit 1140. Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle, §. 7.

Auch nach dem österreichischen Criminalcodex 1ster Th. §. 155. sqq. ist die Strafe gelinder. S. Sönners Archiv 1ster Bd. p. 82.

6) Nach der Königl. Preuß. Criminalordnung §. 555. findet der so genannte Abschied überall nicht weiter statt.

*) Und zwar mit der schärferen. S. oben Nr. VIII. Note 17.

Braunschweigischen Verordnung, womit die Chur-Braunschweigische fast wörtlich übereinstimmt, angeführt: „es sey eine Zeit her die Pferdedieberei dermaßen eingerissen und gemein geworden, daß die Pferde nicht nur im Felde und auf der Weide, sondern auch in den Ställen und Häusern nicht mehr sicher seyn, noch gegnugsam verwahrt werden mögen; worüber verschiedene Unterthanen theils ganz zurück, theils in äußerster Ruin, zum wenigsten aber in so schlechten Stand gesetzt worden, daß sie ihrem Ackerbaue, der Gebühr vorzustehen, folglich dem Publiko oder Gutsherrn das Seilige zu leisten, sehr gehindert worden.“

Außer diesem ergiebt sich die große Menge der Pferdediebstähle, und die daraus hervorgehende Nothwendigkeit zu strengen Maaßregeln noch daraus, daß bloß im Herzogthum Celle innerhalb zwei Jahren 100 Pferde gestohlen, und daher nahe vor Celle zwei eigene Galgen, mit der Inschrift: „für Pferdediebe“ errichtet sind. 7)

§. 3.

Bei der Bestimmtheit beider Verordnungen hat der Criminalhof von deren buchstäblichen Befolgung sich nicht entfernen dürfen; vielmehr zu seinem Bedauern jederzeit auf Todesstrafe erkennen müssen. Zum Glück ist zwar keine derselben vollstreckt, vielmehr sind die Inquisiten begnadigt; aber allemal war auch die, im Wege der Gnade herabgesetzte Strafe ungleich härter, als die wirklich verdiente.

Gottlob! sind die Zeiten vorbei, wo es einer so ausgezeichnet harten Strafe bedurfte; — gewiß wird daher

7) Boehmer §. 66.

die milde Regierung beider Länder, so bald die jetzigen öffentlichen Angelegenheiten, an Gesetzgebung ernstlich zu denken gestatten, auch diese, unsern Zeiten nicht mehr angemessene Verordnung, einer Revision zu unterwerfen, nicht Anstand nehmen.

Zum Beschluß sollen meine Leser die Freude mit mir theilen, die ich über die glückliche Wendung empfand, welche im Jahr 1810 die Sache des Pferdediebes B. nehmen konnte; dem ich statt der Todesstrafe, worauf das öffentliche Ministerium, in Beziehung auf die Verordnung vom 20sten Aug. 1706 angetragen, und wodurch es denselben aufs tiefste erschüttert hatte, wider sein Erwarten, und zu seiner und des Publikums immer steigenden Freude, nur 18monatliche Zuchthausstrafe ankündigte. Die Gründe des Erkenntnisses des Criminalhofs waren folgende:

„Da nach der Erklärung der Geschwornen fest steht, daß der Angeklagte

- 1 — 5. im Monat Julius dieses Jahrs dem Kleinköther A. das in den Akten näher bezeichnete, in der Forst weidende Pferd, welches den Werth von ungefähr drei und zwanzig Thaler Preussisch Courant gehabt, gestohlen habe, daß solches jedoch nachmals dem Bestohlenen restituirt, übrigens der Ort, wo es gestohlen, in den vormaligen Herzoglich Braunschweigischen Landen gelegen sey;
- 6 — 11. dem Rothfassen G. in Bienenburg zur Nachtzeit ein Kind, das wenigstens Fünf Thaler wehrt gewesen, auch nachher dem Bestohlenen restituirt sei, aus dem Stalle, jedoch ohne einen Zaun dabei zu übersteigen, gestohlen habe,
12. 13. in Schulden und armseligen Umständen, auch

aus dieser Lage sich auf ehrliche Art zu retten,
vorher bemühet gewesen sey."

In Erwägung

soviel zuvörderst den Diebstahl des Pferdes betrifft,
daß der in den Akten benannte Röhmke Hauberg,
oder wie ihn der Zeuge K. nennt, Röhmke Hauth-
berg, auf welchem der Diebstahl geschehen ist, kein
anderer seyn kann als der, auf dem

„Grundrisse von der Harzburger und Stollen-
forst, wie selbige anno 1682 aufgenommen
worden"

verzeichnete, an der Oker belegene Huthberg, in-
dem dieser

- 1) von dem kleinen Röhmke-Bach durchströmt
- 2) von dem großen Röhmke-Bach, auch
- 3) von dem Röhmke-Sumpf begrenzt wird;

in Erwägung,

daß, wenn gleich dieser Huthberg nach Inhalt des
Communion-Harz-Theilungs-Recesses vom Jahr
1788 pag. 73,

seit 1788 zu den drei Siebteln, also nach
pag. 6. §. 3.

zu dem Herzoglich Braunschweigschen territorio ge-
hört, dennoch er nach

pag. 46.

vorher in den zwei Dritteln, also in der Commu-
nion gelegen hat, womit auch die Aussage des Zeu-
gen K. übereinstimmt,

in Erwägung,

daß die, während der bestandenenen Communion, er-
gangenen Herzogl. Braunschweigschen Verordnun-
gen, in der Communion nicht, sondern nur das
gemeine Recht, in so fern es nicht durch frühere

Gesetze, oder Communion=herrschaftliche Verordnungen abgeändert worden, gegolten hat, daß aber nach aufgehobener Communion, in dem dazu gehörig gewesenem, und durch Aufhebung derselben einseitig gewordenen territorio, die Herzoglich Braunschweigischen Verordnungen, nicht ipso facto, sondern nur nach vorgängiger Promulgation, wovon jedoch nichts constirt, zur Richtschnur dienen können; ⁸⁾

daß solche Promulgation bei einer so strengen, von dem gemeinen Rechte so sehr abweichenden Verordnung, wie die vom 20sten August 1706 ganz vorzüglich erforderlich, und letztere gegen den Angeklagten um so weniger zur Anwendung zu bringen ist, als sie, nicht nur nach der Erklärung der Geschwornen, ihm, sondern auch, wie aus dem Protokolle vom 10ten dieses Monats ⁹⁾ deutlich genug hervorgeht, in dasiger Gegend unbekannt gewesen ist;

In Erwägung,

daß solchergestalt der Diebstahl des Pferdes nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu beurtheilen ist;

G. L. Boehmer de abigatu et furto equorum
c. 2. §. 59. in Eius electis iur. civ. T. III.
pag. 307.

8) Von der Promulgation eines Gesetzes G. L'eyser sp. 7. med. 1. 2. Müller obs. ad h. l. Glück Erläuter. der Pandekten 1ster Th. §. 19. 20.

9) In diesem Protokolle hatte der Prediger des Orts attestirt, daß die Verordnung den Pferdediebstahl betreffend, vom 20sten Aug. 1706 ihm völlig unbekannt, auch nie von den Kanzeln verlesen sey.

Nach Ansicht der

peinlichen Gerichtsordnung Karls V. Art. 160.

In Erwägung,

daß der Werth des gestohlenen Pferdes *summam furti magni* nur wenig übersteigt,

daß das Pferd dem Bestohlenen restituirt ist,

daß dem Angeklagten die vorgeschützte, und den Umständen nach nicht unwahrscheinliche *occasio furandi*, so wie der Umstand zu statten kommt, daß er in Schulden und einer armseligen Lage, auch aus selbiger sich auf ehrliche Art zu retten, vorher, wie wohl vergebens, bemühet gewesen ist;

Hiernächst so viel den Diebstahl des Kindes betrifft u. s. w.“¹⁰⁾

10) Ich übergehe das Folgende, als hieher nicht gehörig; und bemerke nur, daß Inquisit das Kind schon vor begangenem Diebstahl verkauft, solchen also prämeditirt hatte; — ein Umstand, der bei Abfassung des Straferkenntnisses mit berücksichtigt ward.

X.

Plan zu Vorlesungen für einen Lehrer der Rechte auf akademischen Gymnasien.

Der Zweck akademischer Gymnasien ist gedoppelt.

Der Jüngling, welcher sich den akademischen Studien widmet, soll darauf für die Akademie vorbereitet werden; derjenige aber, welcher, ohne eine Akademie zu beziehen, sofort in andere Verhältnisse zu treten wünscht, soll daselbst zweckmäßige Bildung erhalten; — beides besser, als es auf Schulen möglich ist.

Zu beiden Zwecken muß jeder Lehrer, also auch der, Lehrer der Rechte wirken. Er erreicht sie, dünkt mich, auf folgende Weise.

♥ Gemeinschaftlich für alle, sie mögen die Akademie beziehen wollen oder nicht, liest er

- 1) Naturrecht, dessen Kenntniß keinem gebildeten Manne fremd seyn sollte; — und als Anhang, die Grundzüge des allgemeinen Staats- und Völkerrechts.

Er hüte sich aber, beim Vortrage des Naturrechts positives Recht einzumischen, was der Rechtsgelehrte so gern und so leicht thut. Für diejenigen, welche die Rechte studiren wollen, ist es offenbar schädlich; für andere zwar ohne Nachtheil, vielleicht sogar, zu allge-

meiner Verbreitung einiger Rechtskenntnisse nützlich; — nur sage er dann nicht, daß er Naturrecht lehre.

- 2) Vielleicht könnte er beiden gemeinschaftlich, insonderheit aber denen, welche die Akademie nicht besuchen wollen, auch durch zweckmäßig einzurichtende Vorlesungen über das deutsche Staatsrecht und die Reichsgeschichte nützlich werden, — doch wage ich es jetzt noch nicht, hierüber abzusprechen. Nach Endigung des Wiener Congresses wird sich das ob? und in welcher Maaße? besser beurtheilen lassen.

Ich gehe zu den Vorlesungen über, die er für jede Classe der, auf akademischen Gymnasien Studirenden, insonderheit zu halten hat.

Diejenigen, welche die Akademie nicht besuchen wollen, belehre er über die Materien des positiven Rechts, welche im gemeinen Leben täglich vorkommen, deren Kenntniß also einem jeden nöthig, wenigstens nützlich ist; z. E. über die Materien vom Kauf und Verkauf, von Vormundschaften, u. s. w. Er nehme dabei besonders auf die, welche sich der Handlung oder Oekonomie widmen, Rücksicht; so wie auch auf die besondern Gesetze derjenigen Länder, woraus er jedesmal Zuhörer hat.

Ein Compendium zu Vorlesungen dieser Art existirt nicht. Er lehre also zuerst nach eigenen Hefen; und mache sich demnächst das Verdienst ein Compendium zu schreiben, das, zweckmäßig eingerichtet, gewiß seine Käufer finden wird.

Denen hingegen, welche künftig auf Akademien die Jurisprudenz zu studiren gedenken, trage er vor:

- 1) juristische Encyclopädie und Methodologie, ¹⁾ — ein

1) Jedem, der die Rechte studiren will, so wie jedem Lehrer angehender Studirenden, kann ich nicht bloß die Lectüre,

unentbehrliches Collegium; — jene, um das Feld, welches sie künftig cultiviren wollen, zu übersehen, und im Ganzen, wie in seinen einzelnen Theilen kennen zu lernen; — diese, um zu hören, wie sie es zweckmäßig bebauen können, und um sie dadurch für den Einfluß unberufener Rathgeber zu bewahren.

Ich vermiſſe auch hier ein Compendium, das ich, als ganz zweckmäßig empfehlen möchte; — alle sind sie, mehr oder weniger, überfüllt mit Sachen, die für den ersten Unterricht auf akademischen Gymnasien, mir nicht geeignet scheinen. Doch wird der Lehrer leicht das eine oder das andere Compendium wählen, und das Ueberflüssige überschlagen, so wie das Fehlende hinzusetzen können.

- 2) Die Alterthümer des römischen Rechts, und
- 3) der Geschichte desselben.

Der Nutzen dieser Vorlesungen leuchtet von selbst ein, und werde ich, darüber etwas zu sagen, nicht nöthig haben.

Dagegen würde ich zu Vorlesungen über die Institutionen nicht rathen. Naturrecht, römische Alterthümer und Geschichte des römischen Rechts müssen denselben offenbar vorangehen; — zu einem mehreren aber fehlt es dem Studirenden an Zeit, will er anders nicht

sondern das Studium einer vortreflichen kleinen Schrift: „Joh. Friedr. Christian Meisters über das juristische Studium, besonders auf Akademien. Berlin 1780.“ nicht genug empfehlen. Der Verfasser ist eben derjenige, dessen Gelehrsamkeit und Scharfsinn wir die späterhin erschienenen „Urtheile und Gutachten in peinlichen Fällen“ verdanken.

das, was die Hauptsache während seines Aufenthalts auf akademischen Gymnasien ist, vernachlässigen. Studirt er Sprachen, Mathematik, Geschichte, u. s. w. und, was ich ja nicht zu versäumen bitte — Logik; — so ist er hinreichend beschäftigt; — und so vorbereitet, wird er auf Akademien diejenigen leicht einholen und ihnen zuvorkommen, die mit Vernachlässigung des Nöthigern, einige oberflächliche Kenntniß des römischen Rechts, aus Vorlesungen über die Institutionen mitbringen.

Ueberhaupt unterschreibe ich gern, wenn Schott ²⁾ es mißbilligt, daß man auf akademischen Gymnasien „anstatt den Jüngling nur zu seinem künftigen Hauptstudium, durch allgemeine Kenntnisse von dem Umfange, der Beschaffenheit, den Theilen, der Ordnung und der Methode desselben vorzubereiten, die höheren Wissenschaften selbst, auf akademische Art mit ihm zu treiben „anfängt.“

2) In der Vorrede zu seiner Encyclopädie und Methodologie. Man sehe auch Gildemeisters Encyclop. und Methodol. S. 139.

XI.

Vom Dienstzwange.

§. I.

Wenn der Dienstpflichtige, nach erhaltener Bestellung, sich in den Dienst gar nicht, oder nicht zeitig einstellt, oder auch den Dienst während der, dazu bestimmten Stunden nicht gehörig verrichtet: so bleibt dem Dienstherrn, der Regel nach, nichts übrig, als ihn zu Erfüllung der Dienstpflcht durch gerichtliche Mittel anzuhalten; das heißt, ihn bei seiner Obrigkeit, und wenn er selbst dessen Gerichtsherr ist, bei seinen Gerichten, in Anspruch zu nehmen; ¹⁾ — denn in eigener Sache kann niemand, also

1) Struben rechtl. Bedenken 2ter Th. Nr. 50 Es. Pufendorf intr. in proc. civ. P. 1. c. 10. §. 16. Eichmann Erläuterung des bürgerl. Rechts, 2ter Th. p. 400. Nr. 8. Westphal deutsches Privatrecht 1ster Th. p. 78. §. 4. und p. 81. conf. Landtagsabschied v. 1597. Art. zum zwanzigsten 2c. am Ende. Pufendorf de iurisdic. germ. P. 3. S. 3. c. 3. §. 15. Struben de iure villicor. c. 7. §. 7.

Von Leibeigenen G. Westphal a. a. O. p. 77. Boehmer exercit. ad Pand. T. 1. p. 794. Struben l. c. Selchow el. iur. germ. §. 290. 383. Eichmann a. a. O. p. 343. Glück Erläuterung der Pandekten, 2ter Th. §. 120. p. 150. der 1ten Auflage.

auch er nicht, Richter seyn; und auch von denjenigen Zwangsmitteln, welche der Herrschaft über ihr Gefinde zu Gebote stehen, kann er, des verschiedenen Verhältnisses wegen, gegen den Dienstpflichtigen nicht Gebrauch machen.

Eine Ausnahme von dieser Regel tritt alsdann ein, wenn Landesgesetze oder specielle Verwilligungen, den Dienstherrn oder dessen Pächter zu Anwendung außergerichtlicher Mittel, Dienstzwang²⁾ genannt, autorisirt haben.

Im Herzogthume Braunschweig ist hierüber durch das Dienstreglement³⁾ Art. 18. folgendes verordnet:

„Endlich sollen die Beamte und Pächtere, welchen
 „von Unserer Fürstl. Cammer der Dienstzwang ver-
 „schrieben, die Saumseligen und Ungehorsamen aus-
 „zupfänden, auch selbige dem Befinden nach mit
 „dem Gefängniß auf einen Tag zu bestrafen, zwar
 „befugt bleiben, dabei aber in Acht nehmen, daß
 „sie mit der Pfändung den Anfang keinesweges vom
 „Bieh oder Ackergeschirr machen; sollten aber allzu
 „grobe Excesse von den Dienstleuten begangen wer-
 „den, ist solches an Unsere Fürstl. Cammer zu mel-

2) Es giebt noch eine andere Art Dienstzwangs, wovon aber hier nicht die Rede ist, kraft dessen die Kinder der Leibeigenen, auch wol der freien Bauern, dem Gutsherrn eine Zeitlang dienen müssen. Engau el. iur. germ. L. 1. §. 76. Riccii spicileg. iur. germ. ad h. l. Selchow l. c. §. 352. Hommel Rhaps. obs. 356. Eichmann l. c. p. 399. nr. 7. Kind quaestion. for. T. IV. c. 60. Runde deutsches Privatrecht, §. 543.

3) Dienstreglement v. 5ten Decemb. 1722. cf. die Landesherrl. Verordnung v. 19ten Febr. 1814. §. 12.

„den, die solches untersuchen zu lassen, damit es
 „auf dem Landgerichte gebührend bestraft werde,
 „inmaßen die Beamte und Pächtere vor sich in der-
 „gleichen keine Bestrafung vorzunehmen, noch wei-
 „ter, als in diesem Reglement verordnet, zu gehen
 „haben. Und wie Wir hoffen, es werde dadurch
 „der Zweck, welchen Wir hiebei führen, nämlich
 „die gehörige, und mit der Conservation der Un-
 „terthanen compatible Ableistung des schuldigen
 „Herrndienstes erreicht werden; also werden die zu
 „Zeiten über den Dienst entstehende Streitigkei-
 „ten, wefern sie nicht von der Beschaffenheit seyn,
 „daß solche einer richterlichen Ausmachung bei Un-
 „sern Justizcollegiis bedürfen, daraus gar leicht ab-
 „gethan werden können.“

Der hiemit in Verbindung zu setzende 7te Arti-
 kel lautet folgendergestalt:

„Als Wir auch mit ungnädigem Mißfallen ver-
 „nehmen müssen, daß theils Beamte, Pächtere oder
 „die von ihnen dependirende Verwaltere, Schrei-
 „bere und Voigte, die dienstpflichtige Unterthanen
 „öfters mit Schlägen traktiren, und durch böse
 „Verleitungen sich vielleicht persuadiren lassen, als
 „ob ihnen bei dem Dienstwesen ein mehreres als
 „Unserer Fürstl. Cammer selbst competire, daher
 „wohl dahin gebracht werden, den in den Pacht-
 „contracten ihnen auf gewisse Maße verschriebenen
 „Dienstzwang zu mißbrauchen, auch solchergestalt zu
 „excediren, und die Leute auf gut Aegyptisch zu
 „tractiren; so befehlen Wir denselben insgesamt,
 „sich des Prügeln und aller Excesse gänzlich zu
 „enthalten, widrigenfalls die Beamte mit schwerer
 „Geldstrafe belegt, die Schreiber und Voigte aber,

„dem Befinden nach, mit dem Gefängniß in dem
„Philippssberge“ alhie bestraft werden sollen.“

§. 2.

Derjenige also, welchem der Dienstzwang verschrieben ist, hat das Recht, die Dienstpflichtigen, wenn sie den Art. 9. ⁴⁾ 10. 12. und 14. ⁵⁾ des Dienstreglements zuwider handeln, zu Erlegung des Dienstgeldes, der Strafe, des Fuhrlohns für den erforderlich gewesenen Lohndienst, und zum Nachdrösch, überhaupt zu Erfüllung der Dienstpflicht anzuhalten; sie auch, wenn sie sich im Dienste widerspenstig bezeigen, und Excesse begehen, zu bestrafen; und zu solchem Ende sie auspfänden, oder mit Gefängniß, jedoch nicht länger, als auf einen Tag belegen zu lassen.

Es versteht sich dabei von selbst, daß sich der Dienstzwang bloß auf obige Zwecke, das ist, wie das Reglement sagt, „auf die gehörige, und mit der Conservation der Unterthanen compatible Ableistung des schuldigen Herrndienstes“ beschränkt, also auf andere Gegenstände, z. E. auf Beitreibung einer Dienstpacht oder auf andere, als im Dienstreglement gebilligte Indemnisation des Dienstherrn, nicht erstreckt werden kann. Ebenso wenig darf der Dienstherr härtere, oder auch überhaupt nur andere Strafen verhängen, als im Dienstreglement erlaubt sind.

4) Cf. die Landesordnung, Art. 34.

5) Cf. die Amts-Cammerordnung, Art. 29.

6) Nur nicht allzugroße, wie das Reglement sagt; das heißt ohne Zweifel, solche, die mit mehr als einem Tag Gefängniß zu bestrafen sind.

Es bedarf übrigens des Erwähnens nicht, daß die Anwendung des Dienstzwangs die Verpflichtung zu den geforderten Diensten voraussetzt; ⁷⁾ — ist diese streitig: so muß die Sache im Wege Rechts untersucht und entschieden werden.

§. 3.

Der Dienstzwang ist keine Gerichtsbarkeit, — ob er gleich mehr Rechte in sich begreift, wie die, eines Hausvaters gegen seine Hausgenossen, ⁸⁾ — der Dienstherr übt ihn also, ohne Zuziehung eines Gerichtshalters oder Actuars, in Person aus; hat übrigens diejenigen Hülfsmittel nicht in Händen, welche nur, vermöge der Gerichtsbarkeit, angewandt werden können. Daher kann er unmittelbar, weder den Dienstpflichtigen zu dem, behuf der etwa erforderlichen Untersuchung, angeordneten Termine vorladen, noch die Auspfändung oder die erkannnten Strafen vollziehen lassen; muß vielmehr, um das eine wie um das andere, des Dienstpflichtigen ordentliche Obriqkeit requiriren. In Ansehung der Gefängnißstrafe ist die Sache von selbst klar, weil er kein Gefängniß hat; aber auch die Auspfändung kann nicht ohne gerichtliche Hülfe geschehen, weil dabei nach Vorschrift der Gesetze ⁹⁾ verfahren werden muß, nicht aber des Dienstpflichtigen, in den Dienst gebrachtes Vieh oder Ackergeräthe zurückbehalten werden darf.

7) Landesherrl. Verordnung v. 19ten Febr. 1814. §. 12.

8) Worauf R u n d e a. a. O. §. 503. den Dienstzwang beschränkt.

9) Canzleiordnung Art. 76. Hofgerichtsordnung Tit. 75. Art. und soll nun u.

§. 4.

Hieraus folgt aber nicht, daß die Obrigkeit des Dienstpflichtigen, den Antrag des Dienstherrn als Klage betrachten, und sich einer Untersuchung und eines Erkenntnisses anmaßen dürfe; — dieß würde ein offenbarer Eingriff in die Rechte des Dienstherrn seyn, wodurch der, ihm zustehende Dienstzwang völlig intervertirt würde.

Die Obrigkeit des Dienstpflichtigen kann sich nur als requirirter Richter betrachten, und steht zu dem Dienstherrn in keinem andern Verhältnisse, wie der iudex requisitus zum requirenti; — vorausgesetzt, daß letzterer nicht die Grenzen der ihm in abstracto zustehenden Gewalt überschritten hat. Denn würde er z. E. die Vollstreckung eines z weitägigen Gefängnisses requiriren: so würde des Dienstpflichtigen Obrigkeit die, in solcher Maaße begehrte Rechtshülfe mit Recht verweigern. Ob aber *in concreto* der Fall des Gesetzes eintrete? ob vielleicht, wenn das maximum der Strafe erkannt seyn sollte, ein geringerer Grad genügen würde? hat die Obrigkeit des Dienstpflichtigen nicht zu untersuchen. Der Dienstherr beurtheilt dieß allein; doch kann, wie sich von selbst versteht, der Dienstpflichtige, wenn er sich durch die Verfügung des Dienstherrn beschwert erachtet, denselben bei der competenten Behörde deshalb in Anspruch nehmen.

XII.

Aufgehobene fräuliche Gerechtigkeit in der Stadt Braunschweig.

§. I.

Die, den Frauen, nach dem in der Stadt Braunschweig vormalß gültig gewesenen Sachsenrechte, in Ansehung ihres Eingebachten zustehende Gerechtigkeit, ist durch das Edikt des dasigen Raths vom 5ten Febr. 1579 aufgehoben. ¹⁾ Wir sehen, heißt es darin: „daß nun

-
- 1) Das Edikt, samt den nachher ergangenen Landesherrl. Declarationen steht auszugsweise in den Braunschweigschen Anzeigen von 1748 im 102ten Stück; ferner in Woltereßs kurzem Begriff der Landesordnungen, p. 18. 111. 113. 142. 156. 371; und in Fredericksdorff's promtuarium der Landesverordnungen 2ter, 4ter und 6ter Theil, voce *privilegium dotis*. In den Anzeigen stehen auch verschiedene ältere Präjudicien. S. auch Liebhabers Einleitung in das Herzogl. Braunschw. Lüneb. Landrecht, 2ter Th. p. 215. Bald nachher erschienen zwei statuta gleichen Inhalts; das eine den 6ten Jun. 1581 zu Nordhausen, Stryck usus modern. L. 16. tit. 1. §. 3. welches mit dem Braunschweigschen fast wörtlich übereinkömmt; das andere den 20sten Jan. 1589. zu Hameln. Puffendorff obs. iur. T. II. in appendice statutor. p. 281.

„hinsühro von dato dieses Edikts anzurechnen, kein Weib
 „mit ihrer fräulichen Gerechtigkeit zugelassen werden,
 „noch sich derselben, in den wenigsten gegen die Gläu-
 „biger zu behelfen und aufzuhelfen haben soll, sondern
 „es soll solche fräuliche Gerechtigkeit in allen den Güt-
 „tern, beweg- und unbeweglichen, die sie zu dem Manne
 „eingebracht und demselben in seine Verwaltung, 2)
 „Nahrung und Handthierung gethan, gänzlich und da-
 „von abgethan und aufgehoben seyn, dergestalt, daß die-
 „selben, so weit sie reichen mögen, inskünftige unter die
 „Gläubiger vertheilt werden sollen.“

Daß, und in welcher Maaße dieß Edikt befolgt sey,
 ist aus dem Attestate des Magistrats vom 15ten Jan.
 1675 zu ersehen. „So urkunden“ heißt es darin, „und
 „bezeugen Wir hiemit, und in Kraft dieses, daß die
 „fräuliche Gerechtigkeit non adhibita distinctione inter
 „mercatores aliosve cives gänzlich und überall abge-
 „schafft sey, und des debitoris Frau, er, der debitor,
 „mag gewesen seyn, wer er gewollt, in sententiis prio-
 „ritatis allen Creditoribus etiam chirographariis post-
 „poniret worden, also und dergestalt, daß eine Frau in
 „den Gütern, die sie zu dem Manne eingebracht, und
 „demselben in seine Verwaltung, Nahrung und Hand-
 „thierung gethan, gegen ihres Mannes Gläubiger sich
 „nicht behelfen noch aufhelfen können, sondern zugeben

2) In den, in voriger Note erwähnten Stellen steht „Ver-
 „wahrung.“ aber mit unrecht; wie schon aus dem Atte-
 state des Magistrats vom 15ten Jan. 1675 erhellet, worin
 ausdrücklich das Wort „Verwaltung“ steht. Auch das
 Nordhausensche Statut spricht von „Verwaltung.“

„müssen, daß solche Güter unter die Gläubiger, nach
 „eines jeden Recht, ausgetheilet worden,“

§. 2.

Bis zu diesem Jahre hatte das Sachsenrecht in Braunschweig gegolten. Da nun aber vom Herzog Rudolph August durch die pragmatische Sanction vom 24sten Sept. 1675 solches samt den „darauf gegründeten oder daher rührenden Statuten und Gewohnheiten“ aufgehoben ward;³⁾ so entstand Zweifel, ob unter die aufgehobenen Statuten auch das, wodurch die fräuliche Gerechtigkeit abgeschafft war, begriffen sey? Der Magistrat zu Braunschweig ward dadurch veranlaßt, bei dem Herzoge unterm 23sten Jun. 1676 anzufragen; „ob die fräuliche Gerechtigkeit, um Credit zu erhalten, und die commercia zu befördern, hingegen „der Weiber luxum zu coerciren, abgeschafft bleiben, oder „das Kaiserl. Recht befolgt werden soll?“ worauf durch die Landesherrliche Constitution vom 7ten Octob. desselben Jahrs erklärt ward: „daß besagtes privilegium dotis in der Stadt Braunschweig hinführo gänzlich cessiren, und in begebenden Fällen es mit Brautschatz „und andern einem Manne durch Heirath zugebrachten Gute gehalten werden soll, wie es vor diesen „in selbiger Stadt geordnet und Herkommens gewesen ist.“

3) In den übrigen Theilen des Landes war es schon im 16ten Jahrhundert abgeschafft. Cf. Landtagsabschied von 1597. Art. zum zwei und dreißigsten etc.

§. 3.

In dem einen Originale dieser Constitution war noch die Ausnahme eingeschaltet: daß „Geistliche und „Gelehrte, welche kein commercium und bürgerliche „Nahrung treiben, ausgenommen, und die Kaiserl. Rechte „zu genießen haben sollen.“ Da dieß aber nicht beobachtet ward: so erfolgte unterm 12ten Januar ⁴⁾ 1690 in einer Concurssache ein Landesherrliches Reskript des Inhalts: „daß, weil der *credarius* nie einiges commercium oder bürgerliche Nahrung getrieben, sondern von „seiner Bedienung und daher gehabten Aufkünften gelebt, die *abrogatio privilegii dotis* aber bloß zu Beförderung des *commercii* geschehen, nicht allein der gegenwärtige *casus* nach den gemeinen Rechten unterschieden werden, sondern auch überhaupt fürs künftige „Prediger und andere gelehrte Leute, welche nicht commercium, Handel und Wandel und bürgerliche Nahrung treiben, von obbesagter Unserer Fürstl. Constitution exempt seyn, und hingegen der, dem weiblichen „Geschlechte in den gemeinen Rechten gegebenen Privilegien und Vorzugsrechten sich zu erfreuen haben „mögen.“

Eine, unterm 10ten Decemb. 1746 der Witwe des Intendant Meyer ertheilte Landesherrliche Resolution ⁵⁾ besagt: „daß die Declaration von 12ten Januar 1690 „nur die Ehefrauen der Gelehrten, welche keine bürgerliche Nahrung treiben, von der Befordnung ausnimmt, „wohin ein Ehemann, der kein Gelehrter gewesen, und

4) Woltereck p. 142 nennt irrig den 12ten Junius.

5) Sie steht bloß in Fredericksdorff's promptuario 4ten Th. p. 328.

„noch dazu bürgerliche Nahrung getrieben hat, nicht ge-
 „rechnet werden mag, indem auch einen solchen, so we-
 „nig eine Postbedienung, als die Eigenschaft eines vi-
 „carii zu einem Gelehrten machen kann.“

Erwägt man den, selbst im Reskript vom 12ten Jan. 1690 erwähnten Grund des Gesetzes, so wie der, in besagter Concursfache erlassenen Verfügung: so scheint es bei Anwendung des Gesetzes bloß darauf anzukommen, ob der Mann bürgerliche Nahrung getrieben hat, nicht gerade, ob er ein Gelehrter gewesen ist. Ich glaube also, daß die Frau eines jeden, der bürgerliche Nahrung treibt, selbst, wenn er auch übrigens zum gelehrten Stande gehört, oder zugleich eine Bedienung verwaltet, dem Edikt unterworfen; so wie umgekehrt, die Frau. desjenigen, welcher dergleichen nicht treibt, sondern bloß von den Einkünften einer Bedienung, oder den Zinsen seines Capitals lebt, wenn er gleich zu dem gelehrten Stande nicht gehört, darunter nicht begriffen ist.

Mögte es gleich scheinen, daß aus der Resolution vom 10ten Decemb. 1746 ein anders zu folgern sey: so muß man dagegen erwägen, daß Resolutionen, den supplicirenden Partheien ertheilt, nicht Vorschriften sind, die als allgemeine Norm gelten; und daß die darin enthaltenen Gründe nur dazu dienen sollen, die Partheien zu bedeuten, und das Unpassende der, von ihnen angeführten Argumente zu zeigen; nicht aber frühere Gesetze zu declariren, oder gar zu extendiren, oder zu restringiren.

§. 4.

Erwäget man ferner den Inhalt und die Ration des Edikts des Magistrats und der Landesherrlichen Con-

stitution vom 7ten Octob. 1676, so wie den Inhalt des von ersterem ausgestellten Attestats: so folgt nicht nur

- 1) daß die Frauen — also auch die Wittwen — die Vorrechte, welche ihnen in Ansehung der Dotal- und Paraphernalgüter, nach Sachsen = Recht, so wie nach dem römischen Rechte zustehen, verloren haben; sondern auch
- 2) daß sie mit ihren Forderungen nicht einmal unter die chirographarischen Gläubiger classificirt werden, sondern auch diesen nachstehen; ja, daß sie sogar
- 3) die noch in natura vorhandenen Dotal- und Paraphernalgüter, und zwar letztere, in so fern sie solche ihrem Manne ebenfalls in seine Verwaltung, Nahrung und Handthierung gegeben haben, (z. E. Meublen und Betten, welche der Mann als Gastwirth in seiner Nahrung — also nicht bloß iure familiaritatis gebraucht) nicht vindiciren können, sondern damit für die Schulden des Mannes haften müssen. 9)

Da übrigens, nach ausdrücklicher Vorschrift des Edikts, nur diejenigen Sachen, welche die Frau dem Manne eingebracht, und in seine Verwaltung, Nahrung und Handthierung gethan, unter die Gläubiger vertheilt

-
- 6) Die verbesserte Untergerichts - Ordnung der Stadt Braunschweig vom 2ten Febr. 1764 besagt Tit. 16. §. 18: „Wenn bei Vollstreckung der Execution, die Ehefrau des zu erequirenden Bürgers — erweisen würde, daß die abgepfändete Sache von ihr wirklich infertirt, und ihrem Manne nicht in seine Nahrung, Handthierung und Gewerbe gethan worden: so soll deren Zutrücknahme ihr gestattet werden.“

werden sollen: so folgt ferner, daß diejenigen Paraphernalgüter, bei welchen dieß der Fall nicht ist, desgleichen die bona receptitia, unter dieser Verfügung nicht begriffen sind.

Zum Ueberfluß ist durch die Landesherrliche Declaration vom 18ten Mai 1695 verordnet: daß die Disposition des Statuts „ultra litteram, auf die Güter, so „eine Frau für sich behalten, nicht extendirt, noch selbige auf des Ehemannes Schulden mit verwendet werden, sondern der Frauen bona receptitia von allem „Anspruch, welche des Mannes Gläubiger daran machen „wollen, frei erkannt werden sollten.“ Daß also ihr Schmuck, ihre Kleider, Betten (in so fern letztere nicht zu den vorhin sub Nr. 3. erwähnten gehören) und dergleichen, erimirt sind, leidet keinen Zweifel: so wie auch das unbestritten ist, daß die Gläubiger des Mannes aus dem Vermögen der Frau nur in subsidium zu befriedigen sind. 7)

§. 5.

Noch schien ein Zweifel übrig zu bleiben, der nämlich: ob das Vermögen der Frau, auch für die, nach ihrem Tode gemachten Schulden des Mannes hafte, oder ob den Kindern in Ansehung ihrer maternorum der Vorzug vor den, nach der Mutter Tode gemachten Schulden zustiehe? Diese Frage ist durch das Landesherrliche Reskript vom 13ten Febr. 1745 8) dahin entschieden:

7) Cf. l. 4. C. in quib. causs. pign. l. 3. C. de primipil.

8) Es steht auch im 20sten Stück der Braunschweigischen Anzeigen von 1745.

„daß, weil dem überbleibenden Ehemanne nur der usus-
 „fructus von dem mütterlichen Gute seiner Kinder zu-
 „stehe, solches mütterliche Gut für die, nach dem Abster-
 „ben der Mutter, gemachte Schulden nicht haften könne,
 „sondern bei entstehendem Concurß, vor diesem den
 „Vorzug, ex iure legalis seu tacitae hypothecae haben
 „müsse, mithin obgedachtes statutum nur von denen,
 „vor und in der wählenden Ehe gemachten Schulden zu
 „verstehen sey. Dahingegen, wenn die Schuld noch bei
 „Lebzeiten der Mutter contrahiret sey, die Kinder so-
 „dann billig nachstehen müssen, wenn gleich die Hypo-
 „thek erst nach dem Absterben der Mutter constituit
 „worden wäre.“

§. 6.

Diesß Reskript hat vor kurzem zu folgendem Rechts-
 streite Anlaß gegeben. *

In dem, über des verstorbenen Gastwirths B. Nach-
 laß entstandenen Concurse, liquidirten unter andern, 1)
 die Vormünder seiner Kinder das mütterliche Vermögen
 ihrer Curanden; 2) die Gebrüder G. als Eigenthümer
 eines, vom Gemeinschuldner gepachteten praedium urbani,
 die, seit dem Jahr 1804 rückständig gebliebene Pacht.
 Erstere bescheinigten, daß ihre Mutter im Jahr 1801
 gestorben sey, und beriefen sich auf gedachtes Reskript;
 letztere wollten aus den, von dem Pächter eingebrachten
 Sachen, an welchen ihnen ein gesetzliches Pfandrecht zu-
 stehe, vorzüglich befriedigt seyn; und führten zu dem
 Ende an, daß die Pacht, laut des darüber errichteten
 Contrakts, im Jahr 1799 ihren Anfang genommen, und
 cridarius die Sachen, woraus sie befriedigt zu werden
 wünschten, schon damals inferirt habe.

Es entstand nun die Frage, welche Forderung, ob die der Kinder, oder die der Verpächter, den Vorzug verdiene? und ward dabei für die Kinder angeführt, daß die Forderung erst nach der Mutter Tode entstanden sey, also das Muttergut dafür nicht hafte; auch das Pfandrecht der Kinder, der Zeit nach älter, wie das, der Pächter, übrigens allgemein, das der Pächter aber nur speciell sey.

Nun ist zwar richtig, daß das Muttergut für diese, nach Absterben der Mutter entstandene Schuld nicht haften könne; — aber davon war auch die Rede nicht, da die Kinder die inferirten Sachen nicht, als der Mutter gehörig gewesen, in Anspruch genommen, also, daß solche väterlich wären, anerkannt hatten.

Hingegen war es, so viel der Rechtspunkt betrifft, irrig, daß das Pfandrecht der Kinder, vorausgesetzt, daß die Illation noch bei Lebzeiten der Mutter geschehen war, älter, wie das der Pächter sey. 9)

Die Appellationscommission ließ daher den Verpächtern den Beweis nach: „daß, und welche Sachen, der „Gemeinschuldner vor Absterben seiner Ehefrau inferirt „habe,“ 10) und zwar aus folgenden Gründen:

„Die Sache selbst betr. so ist zwar die Forderung der Appellanten erst nach dem Tode der Mutter der Appellaten, nämlich vom Jahr 1804 an, entstanden; auch verordnet das Landesherrl. Rescript vom

9) Dabelow vom Concurse, 2ter Th. p. 304. Nr. 1. und 305. Nr. 3. (der ersten Ausgabe, die zweite hat hierüber nichts.) Hellfeld iurisp. for. §. 1087. Nr. 1.

10) Den 23sten Aug. 1814.

13ten Febr. 1745, daß das mütterliche Gut der Kinder für die, nach dem Absterben der Mutter gemachten Schulden nicht haften könne, sondern bei entstehendem Concurse vor diesem den Vorzug *ex iure legalis seu tacitae hypothecae* haben muß.

Alein es ist hier nicht die Rede davon, ob das Muttergut der Kinder für die rückständige Pacht hafter; auch nicht, ob den Kindern eine gesetzliche Hypothek in den Gütern des Vaters zustehe; sondern ob die gesetzliche Hypothek der Appellanten älter, als die, der Kinder sey, und also ihr vorgehe? Und das ist, wenn der auferlegte Beweis geführt wird, offenbar der Fall; da die Hypothek der Appellanten nicht von der Zeit, wo *chidarius* mit der Pacht in Rückstande blieb, sondern *a tempore illationis* angeht.

L. 9. pr. L. 11. § 2. D. in quib. caus. pign.

Daß das Pfandrecht der Appellanten allgemein, das, der Appellanten aber nur speciell ist, thut nichts zur Sache; denn immer geht ein specielltes älteres dem allgemeinen jüngern, und ein allgemeines älteres dem speciellen jüngern vor.

Gmelin Ordnung der Gläubiger, c. IV. p. 249.

251. (edit. 3tia.)"

XIII.

Noch über den dritten Diebstahl; Nachtrag zu Nr. VIII.

Suspensum furti simplicis sagt Damhouter ¹⁾ da er vom dritten Diebstahl spricht, nascitur potius ex legum interpretatione, et ex consuetudine publicae tranquillitatis gratia observata, quam ex ulla certa et constituta in iure lege. Er allegirt dabei den Berbe in iuris viatorio sub rubr. de furt.

Es ist mir, als die Abhandlung Nr. VIII. bereits in die Druckerei abgegeben war, geglückt, das Werk des Berbe ²⁾ zu erhalten; — und da es sehr selten ist, so

1) in praxi criminal. rer. c. 110. Nr. 28.

2) Der ausführliche Titel ist: viatorium seu directorium iuris, ex visceribus et medullis iuris utriusque excerptum non sine magno labore et industria egregii viri iurisque peritissimi Do. Joannis Berberii feliciter incipit. Lugduni 1536. Es ist auf 128 foliis in 8. sehr enge und mit vielen Abbreviaturen gedruckt, und handelt in 4 Theilen: 1) de criminibus, quia ordo naturae est, primo delinquere quam contrahere posse; 2) de contractibus, quia primo quis contrahere dicitur, quam testari; 3) de testamentis, 4) de iudiciis. —

glaube ich, werde denen, welche die Materie vom dritten Diebstahl interessirt, der Abdruck der hieher gehörigen, fol. 19. befindlichen Stelle willkommen seyn. Sie lautet folgendergestalt:

„In duplici furto non composito 3) ultra fustigationem, quae pro simplici imponitur, gravius puni-
tur ~~fur~~; puta quod mutilatur; et pro tertio suspenditur secundum constitutiones imperiales, de quibus in Lombardis constitutionibus, quae licet locales videantur, per extensionem tamen usus et stili curiarum ~~extensae~~ sunt dictae constitutiones imperiales in provinciis quae iure scripto ad interpretationem legum communium. Et hoc satis tolerabile est, quia crescente contumacia, crescere debet et poena. De iure tamen pro duobus furtis simplicibus numquam morietur, quia non potest dici grassator vel famosus, licet dicatur consuetus. Grassator autem vel famosus dicitur per tria furta.

Uebrigens ist, wie man aus dem Schlusse des Werks, 128. sieht, diese Edition nicht die erste, sondern es sind schon mehrere vorausgegangen.

Lipenius erwähnt unter der Rubrik „practica:“ Jo. Berberii aurea practica. Colon. 1576. Lugduni 1595. 8. und unter der Rubrik „viatorium iuris:“ Jo. Berberii aurea practica, dicta viatorium iuris. Genevae 1596. 8.

- 3) Das ist, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, der sine aliqua alterius criminis compositione begangen wird „Quotiescunque“ sagt der Verfasser, „componitur cum alio crimine, si illud cum quo componitur sit „elegantius et notabilius, crimen tunc puniatur per „nalius.“

Erit igitur talis resolutio in hac materia furto-
rum non compositorum, quod pro uno furto dici-
tur fur, et debet fustigari; pro secundo vero dici-
tur consuetus, et ex interpretatione legis imperia-
lis Lombardiae mutilatur aliquo membro, puta aure
vel altera manu minus necessaria et in qua minus
potest; pro tertio vero dicitur famosus vel grassa-
tor, eo, quod sepius ad vomitum rediisse dicitur.
Et quamquam auth. sed novo iure C. de seru.
fugitiis et corpus unde sumitur velint, quod pro
furto nemo moriatur, tamen dicta iura statuunt.
Et ideo, furtis multiplicatis et maxime cum plu-
ries commiserit, et correctus corrigi noluit, tunc ex
legum interpretatione, quae sumitur ex generali
consuetudine et observantia, secundum aliquos pu-
nitur furca, sive alias capitaliter.

Der ganze Zusammenhang, und insonderheit der
angeführte Grund: quia crescente contumacia, crescere
debet et poena, so wie hernach die Worte: maxime
cum pluries commiserit, et *correctus corrigi noluit*, las-
sen wenig Zweifel übrig, daß die gesetzliche Strafe des
dritten Diebstahls nur alsdann vollzogen sey, wenn der
Dieb die gesetzliche Strafe des ersten und zweiten Diebstahls
vergebens erlitten hat.

XIV.

V o m A l i b i .

§. I.

Wenn jemand wegen einer Handlung in Anspruch genommen wird, welche er zu einer bestimmten Zeit, an einem bestimmten Orte, in Person unternommen haben, oder wobei er wenigstens persönlich zugegen gewesen seyn soll: so kann er sich durch den Beweis des Alibi von dem Verdachte befreien, der auf ihn gefallen ist. ¹⁾ Beweiset er nämlich, daß zu der Zeit, wo die Handlung an einem bestimmten Orte verübt seyn soll, entweder er selbst, oder sein Gegner, (welchen er z. E. gemißhandelt, mit welchem er contrahirt haben soll, u. s. w.) nicht daselbst, sondern an einem andern Orte gewesen ist: so hat er eben dadurch bewiesen, daß er sie nicht begangen haben könne, weil niemand an zwei Orten zugleich seyn kann; woraus denn von selbst folgt, daß er sie auch wirklich nicht begangen habe.

Das Alibi ist also nicht Einrede, die jederzeit das Geständniß der That selbst voraussetzt; ²⁾ — es ist

1) Soden Geist der peincl. Gesetzgebung, 2ten Band §. 675.

2) Man spricht daher mit unrecht von einer *exceptione alibi*.

aber auch nicht eigentlich negative Kriegsbefestigung,³⁾ ob es sie gleich voraussetzt, — es ist künstlicher Gegenbeweis; ⁴⁾ — man zeigt nämlich: es sey physisch unmöglich, daß man der Urheber oder persönliche Theilnehmer derjenigen Handlung seyn könne, wovon die Rede ist.

Dieß ist es also, was der, welcher sich auf das Alibi beruft, über jeden Zweifel erhoben, darthun muß. Bleibt Zweifel übrig, — bleibt es also möglich, daß er Urheber der Handlung sey: so folgt daraus allein zwar nichts gegen ihn; aber das folgt offenbar, daß er das, für sich allegirte alibi nicht erwiesen hat.

3) Dazu macht es Krohn in diss. exhibens selecta capita de prob. et reprob. Nr. IX. Ich kenne jedoch diese Dissertation nur aus der Anzeige in der neuesten jur. Literatur für das Jahr 1782. p. 150.

4) Gönners Handbuch des Proz. 2ter Bd. Nr. 41. §. 6. Er sagt in der Note: eine sehr populäre Beschreibung der exc. alibi enthalte die Wormser Reform. vom Jahr 1498. Buch 1. Th. 3. Tit. 15. Da meine Leser hier ohne Zweifel etwas merkwürdiges vermuthen: so will ich die Stelle hersetzen; doch nicht aus der Ausgabe v. 1498, welche ich nicht zur Hand habe, sondern aus der von 1513, woselbst sie Buch 3. Th. 3. Tit. 15. Fol. 38. steht: „da
 „einer bezeugen würde, er hätte hier in unserer Stadt,
 „auf einen nämlichen Tag etwas gethan, und der also
 „Bezogene sagt, er hätte das nicht gethan, und wollte sol-
 „ches beweisen, wiewol er, das nicht gethan, nicht bewei-
 „sen mag; so er aber dabei setzt, er wolle beweisen, daß
 „er auf denselben Tag und Zeit zu Speyer oder an ei-
 „nem andern Ort gewesen, also zu vermuthen unmöglich,
 „daß er an beiden Orten zu einer Stunde möge gewesen
 „seyn. Und so also das gewiß oder geschehen, bewiesen ist,
 „folgt gläubliche Gewisheit des ungeschehenen Dings.“

Es gewährt seinen Nutzen hauptsächlich bei Verbrechen, ist aber auch in Civilsachen anwendbar; ⁵⁾ würde selbst den Zeugen entgegen stehen, wenn man darthun könnte, daß man selbst, oder sie, die Zeugen, zur Zeit derjenigen Handlung, wovon sie deponiren, an einem andern Orte, als demjenigen gewesen sind, wo die Handlung vorfiel.

§. 2.

Da es Gegenbeweis ist: so ergiebt sich hieraus von selbst, zu welcher Zeit im Civilprozeß davon Gebrauch zu machen ist. ⁶⁾

Was den Criminalprozeß betrifft: so soll nach Vorschrift der peinl. Gerichtsordnung Carls V. wenn der Verdacht einer verneinten Mißhandlung für bewiesen erkannt wird, ein Tag zur peinlichen Frage bestimmt, jedoch der Angeschuldigte zuvor durch zweckdienliche Vorstellungen, auch Androhung der Marter, zum Bekenntniß ermahnt werden. ⁷⁾ Wenn aber, wie es weiter heißt, ⁸⁾ „in dem jetzt, gemeldeten Fall der Beklagte

5) Nisi — approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse. §. 12. J. de inutil. stipul. add. L. 14 C. de contrah. et comm. stipul.

6) Daß nach c. 35. X. de testib. dieser Gegenbeweis noch post publicationem attestationum zugelassen ward, hatte seinen Grund in der besondern Lage der Sache, welche „ante „publicationem super hac probatione contraria in „strui non potuit.“

7) Peinl. Ger. Ordn. Carl's V. Art. 45. 46.

8) Art. 47. conf. Cicero pro Roscio c. 27. 33.

„die angezogene Uebelthat verneinet, so soll ihm als-
 „dann vorgehalten werden, ob er anzeigen könne, daß
 „er der aufgelegten Missethat unschuldig sey, und man
 „soll den Gefangenen sonderlich erinnern, ob er könnte
 „weisen und anzeigen, daß er auf die Zeit, als die an-
 „gezogene Missethat geschehen, bei Leuten auch an En-
 „den und Orten gewesen sey, dadurch verstanden, daß
 „er der verdachten Missethat nicht gethan haben könnte.“

Sehr zweckmäßig und menschenfreundlich ist die
 Vorschrift: daß dem Angeschuldigten vor wirklicher Voll-
 ziehung der Marter nochmals zugeredet, und wenn das
 fruchtlos ist, er zuvor mit der Marter bedrohet; und
 wenn auch das nicht hilft, dennoch die Marter nicht so-
 fort vollstreckt, sondern er erst aufgefodert werden soll,
 seine Unschuld zu beweisen, und zugleich auf die Mit-
 tel, wodurch er sie beweisen kann, aufmerksam gemacht
 werden soll. 9)

- 9) Der Gesetzgeber hat hier die Regel, die er im Art. 28.
 selbst gegeben: „item ist zu bedenken, wenn jemand einer
 „Missethat mit etlichen argwohningen Theilen oder Stük-
 „ken verdacht wird, daß zweierlei gar eben wahrgenom-
 „men werden soll. Erstlich die erfundene Argwohningkeit,
 „zum andern, was die verdachte Person guter Vermu-
 „thung, die sie von der Missethat entschuldigen mögen,
 „für sich habe;“ vortrefflich angewandt. Desto weniger
 kann ich in die Restriktion und Critik einstimmen, die
 K r e ß zu diesem Art. §. 11. und B ö h m e r ebenfalls
 zu diesem Art. §. 2. und insonderheit in *observat. ad*
Carpz. qu. 115. obs. 2. sich erlaubt haben. Sie scheinen
 nicht bedacht zu haben, daß der Gesetzgeber keine Anlei-
 tung zum inquiriren schreiben wollte, wie sie ein Profes-
 sor schreibt; er verordnete nur, was untersucht, nicht wie
 inquirirt werden sollte; und setzte billig voraus, daß der
 Inquirent cum grano salis inquiriren werde. Auf dieß

Noch zweckmäßiger scheint es mir, die Frage über das alibi gleich zu Anfang, also zu einer Zeit, wo alles noch im frischen Andenken ist, zu untersuchen, und zu dem Ende, wie Claproth ¹⁰⁾ sagt, den Angeschuldigten „auf das genaueste um den Ort seines Aufenthalts, seine Beschäftigung, und die Personen, die ihm solche bezeugen können, sowol in Ansehung der, vor dem Verbrechen hergehenden Zeit, als der Zeit des Verbrechens selbst, und endlich der, auf das Verbrechen folgenden Zeit zu befragen.“ Es versteht sich aber von selbst, daß man es bei diesem „Befragen“ nicht bewenden lassen, sondern diesen wichtigen Umstand sofort aufs gründlichste untersuchen muß. Es ist dieß um so nothwendiger und zweckmäßiger, eines Theils, weil das alibi, wenn es sofort klar erwiesen, und nicht etwa durch Zeugen, die den Angeschuldigten um eben die Zeit an einem dritten Orte, oder gar am Orte der That gesehen haben, oder sonst durch andere erhebliche Umstände elidirt wird, gleich einer exceptionis litis ingressum impeditis, jede weitere Untersuchung gegen den Angeschuldigten sistirt; ¹¹⁾ andern Theils, weil die Gegenwart des

granum salis verweist er ohnehin an manchen Stellen ausdrücklich, z. E. im Art. 53. „aus obgemeldeten künftigen Unterweisungen kann ein jeder Verständiger wohl merken, was nach Gelegenheit der Sachen zu fragen sey, welches alles zu lang zu beschreiben wäre.“

10) In der Einleitung in die summarischen Prozesse, §. 550. P. 747.

11) Doch ist hiebei, wie überhaupt bei Beurtheilung des Beweises des alibi, viel Vorsicht nöthig, theils um nicht Schein für Wahrheit, und solchergestalt den Beweis des alibi zu

Angeschuldigten an verdächtigen Orten, insonderheit am Orte des Verbrechens, nach Beschaffenheit der Umstände ein, bald entferntes, bald naheß Indicium gegen ihn macht; ¹²⁾ also die Anwendung der größten Sorgfalt bei Erforschung des Orts, wo er sich zur Zeit der That aufhielt, nicht genug zu empfehlen ist.

§. 3.

Um dem Unschuldigen, der sich zur Zeit der That wirklich an einem andern Orte befand, aber vielleicht erst kurz zuvor daselbst eintraf, oder kurz nachher sich von da entfernte, den Beweis des alibi nicht zu vereiteln; — aber auch dem Schuldigen, der sich entweder unmittelbar vor oder nach vollbrachter That, an einem andern Orte zeigte, oder auch, behuf Ausführung derselben, den Ort seines Aufenthalts heimlich verließ, und sich nachher daselbst unvermerkt wieder einschlich, nicht Gelegen-

voreilig für geführt zu halten, theils um nicht auf andere Art betrogen zu werden. Ein, aus Criminalakten gezogenes Beispiel eines solchen Betrugs erzählt Soden a. a. D. Ein Bauer, sagt er, geht einem Reisenden, den er im Wirthshause trifft, nach, ermordet und beraubt ihn; kehrt dann in die Wirthsstube zurück, rückt heimlich die Uhr eine Stunde vor, fragt nachher öffentlich nach der Stunde; alle Gäste antworteten ihm nach der Weisung des Zegers. Nachher geräth er in Inquisition. Er beruft sich auf das alibi und das Zeugniß jener Gäste; und ohne sein eigenes in der Folge hinzugekommenes Bekenntniß wäre er frei gesprochen.

¹²⁾ Carls V. peinl. Ger. Ordn. Art 25. §. zum andern. Boehmer ad h. l. §. 3. Meisters Bemerkungen 1ster Bd. p. 226. Quistorps peinliches Recht, §. 624. Tittmanns Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 4ter Th. §. 838.

heit zu geben, sich hinter ein alibi zu verstecken, hat der Inquirent große Vorsicht nöthig.

Um das eine, wie das andere zu verhüten, soll er

- 1) gleich zu Anfange der Untersuchung, sowol den Ort als die Zeit der That, so genau als immer thunlich, in Gewißheit setzen. Er soll, so viel insonderheit die Zeit betrifft, nach Beschaffenheit der Umstände sich nicht begnügen, sie nach Stunden und Viertelstunden zu berechnen; — er soll vielmehr, so selten es ihm auch gelingen wird, doch wenigstens den Versuch machen, (der ja nur wenig Zeit kostet) sie nach noch kürzeren Zeiträumen bestimmen zu lassen; — denn nach Beschaffenheit der Umstände, der zu Ausführung der That erforderlich gewesenem Zeit, und der Nähe des Orts, wo der Angeschuldigte sich aufgehalten haben will, können nicht bloß 10, — können selbst 5 Minuten darüber: ob das alibi erwiesen oder zweifelhaft sey, den Ausschlag geben.

Er soll ferner die Zeugen, wenn sie eine Zeit angeben, befragen: ob sie damals wirklich eine Glocke, und welche? gehört, oder ob sie nach ihrer Taschenuhr gesehen haben, und wissen, daß sie damals richtig gegangen sey; oder endlich, ob sie die Zeit nur nach Gutdünken angeben, und was für Gründe sie haben, solche weder früher noch später zu bestimmen. Er soll sie endlich, zumal bei etwaniger sehr genauer, und eben deshalb nicht ganz unverdächtigen, Angabe der Zeit, um die Veranlassung fragen, die sie gehabt haben, so genau darauf zu achten.

Wenn sodann ein Angeschuldigter, auf die vorhin (§. 2.) erwähnte Frage, das alibi vorschützt: so muß die Sorgfalt des Inquirenten in dem Grade wachsen,

als der angebliche Ort des Aufenthalts des Angeschuldigten, dem Orte des Verbrechens nahe, auch zu Ausführung der That, nur wenig Zeit erforderlich gewesen ist. Er soll also

- 2) die Zeugen über die Zeit, welche der Angeschuldigte an dem angezeigten Orte zugebracht hat, deren Anfang und Ende, auch ob er sich nicht, namentlich um die Zeit der That, für eine Zeitlang entfernt habe, oder wenigstens, ihnen unbemerkt, habe entfernen können? nach Anleitung des vorhin (ad 1.) Gesagten vernehmen; — soll zugleich durch anzustellende Versuche, ausmitteln, wie viel Zeit erfordert werde, sich in möglichster Geschwindigkeit, ¹³⁾ von dem Orte der That, nach dem angegebenen Orte des Aufenthalts, oder umgekehrt, zu verfügen; — und soll durch diese Vernehmung und Untersuchung den erkennenden Richter in den Stand setzen, die Zeit der That, mit derjenigen, wo sich der Angeschuldigte an einem andern Orte aufhielt, so weit es die, nicht aus der Acht zu lassende Verschiedenheit der Uhren zuläßt, vergleichen, und zugleich beurtheilen zu können, ob der Angeschuldigte die That nicht vorher, oder nachher, oder auch während einer Entfernung von dem Orte seines Aufenthalts, ausgeführt haben könne.

13) Ueberhaupt ist wol anzunehmen, daß jeder Verbrecher, und insonderheit derjenige, welcher im voraus darauf bedacht ist, seine That zu verbergen, mit möglichster Vorsicht, Geschwindigkeit und Anstrengung handelt; und dabei selbst seine individuelle körperliche Beschaffenheit, (z. E. einen Bruch, der durch Laufen und Anstrengung verschlimmert wird) nicht berücksichtigt.

Der letzte Punkt ist gewöhnlich der schwierigste.

War der Angeschuldigte in einem kleinen Birkel genauer Freunde, vielleicht mit ihnen an einem Spieltische, oder bei einer Mahlzeit, wobei man nicht umherging, sondern wirklich zu Tische saß: so wird darüber: ob er sich aus der Gesellschaft entfernt habe, oder nicht, leicht Gewißheit zu erhalten seyn.

Wandelte er aber auf einem geräumigen Plage, unter einer Menge umhergehender Menschen; oder war er überhaupt nur in einer zahlreichen, vielleicht in mehrere Zimmer vertheilten Gesellschaft, wo selten jemand auf jedes Individuum so genau achtet; war er vielleicht in einem öffentlichen Hause, wo das Ab- und Zugehen gewöhnlich ist, und kein Aufsehen erregt; — und war dann zugleich zum Hin- und Zurückgehen, und zu Ausföhrung der That nur wenig Zeit (etwa nur eine Viertelstunde) erforderlich: so gehört es unter die seltenen Ereignisse, wenn eine kurze Entfernung eines Einzelnen, wobei derselbe ohnehin mit möglichster Vorsicht und Circumspection zu handeln pflegt, und es, wie sich wol erwarten läßt, recht eigentlich darauf anlegt, die Gesellschaft zu täuschen, bemerkt wird.

Und gerade dieser Umstand, daß die Zeugen seine Abwesenheit nicht bemerkt, und ihn nicht vermisst haben, — macht, daß sie oft schließen, und deponiren, daß er sich wirklich nicht entfernt habe.

Hier also ist besonders Aufmerksamkeit nöthig, damit nicht ein Schuldiger, der um so strafwürdiger ist, je mehr er hier nach einem wol überdachten Plane handelte, der verdienten Strafe entgehen möge. Daher ist den Zeugen die Frage, worauf allein es ankömmt:

ob es nicht möglich bleibe, daß er, ihnen un-
 merkt, sich habe entfernen können? ¹⁴⁾
 recht deutlich zu machen; und sind sie, wenn sie solche
 verneinen, zu befragen: ob, und auf welche Veranlas-
 sung sie den Angeschuldigten so genau und so ununter-
 brochen beobachtet, auch auf die Zeit so genau gemerkt
 haben. Dabei sind die übrigen gegen den Angeschul-
 digten etwa eingetretenen Anzeigen und Verdachtsgrün-
 de nicht zu vernachlässigen, sondern mit jenen Zeugen-
 aussagen zusammen zu halten.

§. 4.

Durch diese Untersuchung wird nun
 entweder der Beweis des alibi vollständig ge-
 führt; ¹⁵⁾

oder er wird unvollständig ¹⁶⁾ oder gar nicht ge-
 führt;

oder endlich, es ergiebt sich das Gegentheil.

Im ersten Falle wird der Angeschuldigte frei ge-
 sprochen.

Im letzten Falle ist, bei der erwiesenen Lüge des
 Angeschuldigten, sein Aufenthalt „an gefährlichen Dr-
 „ten, zu der That verdächtig“ ¹⁷⁾ anzunehmen.

14) Denn offenbar genügt das, um die, durch das alibi zu be-
 weisende Unmöglichkeit zu elidiren.

15) Ein solcher Fall ist zu finden in Méjan recueil des cau-
 ses célèbres T. VII. p. 314. sqq.

16) Einen solchen Fall erzählt Klein in den Annalen 18ter
 Bd. p. 95.

17) Peinl. Ger. Ordnung, Art. 25. §. zum andern.

Aus dem zweiten Falle hingegen, folgt der Regel nach, weiter nichts, als daß das alibi nicht erwiesen ist. Doch wird, wenn der Beweis gar nicht geführt ist, und doch leicht hätte geführt werden können, (z. B. wenn der Angeschuldigte, wäre er wirklich an dem Orte gewesen, nothwendig hätte gesehen werden müssen) ¹⁸⁾ dieser Umstand mit in die Schale der Verdachtsgründe gehören.

- 18) Ich setze hier jedoch voraus, daß Möglichkeit übrig bleibt, daß er, dessen ungeachtet, da gewesen seyn könne; daß also die Sache nicht so klar ist, um annehmen zu können, daß das Gegentheil, nämlich, daß er daselbst nicht gewesen, erwiesen ist.
-

D r u c k f e h l e r.

Seite 29 Zeile 11 statt: Appellanten, lies: Appellaten

— 33 — 1 lies: reinen Ertrag fest, ohne sich darum zu bekümmern,

Ibid. lin. penult: statt: Note 2 lies: 5

Seite 35 Zeile 20 statt: 1812 lies: 1809

— 76 lin. penult. lies: Konopak

— 77 Note 2 ist noch hinzuzufügen: Feuerbach peinliches
Recht, §. 323. (4te Aufl.)

— 80 Zeile 3 lies: an Gewaaren oder

